Zur Lehre

von den

bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Pincus

Referendar aus Rostock.

Rostock i. M.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1907.

Referent: Herr Professor Dr. Matthias.

Meiner lieben Mutter.

Litteraturangabe.

Bendix, Der Kreditauftrag nach dem BGB. Archiv für Bürgerliches Recht, B. 20, S. 163 ff..

Cosack, Lehrbuch des BR., 4. Aufl. 1903/04. B. I.

Crome, System des BR., 1902. B. II.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 3. Aufl. 1905/06. B. II.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. 1903. B. II.

Deutsche Juristen-Zeitung.

Düringer-Hachenburg, das HGB. 1901. B. II.

Eccius, Verbürgung für künftige Schuld und Kreditmandat. Gruchots Beiträge 1902. B. 46, S. 55 ff..

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. 1/2 Aufl. 1903/04.

Endemann, Lehrbuch des BR. 9. Aufl. 1903. B. I.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1901/02. B. I.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Foerster, Der Kreditauftrag. Dissertation. Leipzig 1903.

Goldmann-Lilienthal, Lehrbuch des BR. 2. Aufl 1903. B. I.

Haedenkamp, Die rechtliche Auffassung des Kreditauftrags im gemeinen Recht und im BGB., Dissertation Leipzig 1903.

Hasenbalg, Die Bürgschaft, 1870.

Heimann, Zur Lehre vom Kreditauftrag. Dissertation Rostock, 1904.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB. Dissertation. Rostock, 1900.

Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme. Dissertation. Göttingen, 1901.

Jaeckel, Der Kreditauftrag. Dissertation. Greifswald 1901.

Lippmann, Der Kreditauftrag des BGB., Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. B. 48. S. 315–398.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 3. Aufl. 1900. B. I.

Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme, Gruchots Beiträge, Bd. 49. S. 181-218.

Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 1905. B. I.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar z. BGB. 2. Aufl. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2. u. 3. Aufl. 1900—1905. B. II.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. v. Mugdan u. Falkmann.

„Recht“, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rehbein, BGB. 1899—1903. B. II.

Rinck, Der Kreditauftrag des § 778 BGB. Dissertation. Erlangen 1905.

Rothenberg, Der Kreditauftrag. Beurteilung des § 680 des Entwurfs eines BGB. Archiv für die zivilistische Praxis. B. 77. S. 323 ff.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme Archiv f. Bürgerl. Recht. B. 28, S. 81 ff.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. 1904.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar z. BGB. II, 1. u. 2. Aufl.

Siller, Der Kreditauftrag des BGB. Dissertation. Leipzig. 1904.

Stammler, Der Garantievertrag. Archiv für zivilistische Praxis. 1889. B. 69. S. 1 ff.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staudinger, Kommentar zum BGB. B. II. 2 Aufl., 1905/06.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Iherings Jahrbücher, B. 33. S. 303 f..

Weidemann, Der Kreditauftrag. Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, begründet von Goldschmidt. B. 53. S. 429 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906. B. II.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Das moderne Rechtsleben kennt verschiedene Mittel, die den Gläubiger gegenüber einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sicherzustellen bezwecken. Zwei große Gruppen dieser Sicherungsmittel können unterschieden werden, die personale und die reale Sicherung. Dem Zwecke der im heutigen Wirtschaftsleben außerordentlich wichtigen realen Sicherung dienen neben manchen andern Mitteln, die die Rechtsordnung dem Gläubiger zu seinem Schutze gewährt, wie z. B. der fiduziarischen Eigentumsübertragung von Vermögensgegenständen, insbesondere die Pfandrechte. Zu den Personalsicherungsmitteln gehört in erster Linie die Bürgschaft. Sie ist ein Rechtsinstitut, das die Sicherstellung von Forderungen bezweckt und die Gewährung von Kredit im Verkehrsleben erleichtern soll. In römischen und gemeinen Rechte fiel die Bürgschaft unter den allgemeinen Begriff der Interzessionen, d. h. von Rechtsgeschäften, durch die eine Schuld, die dem Interzedenten materiell fremd war, übernommen wurde, um einem andern Kredit zu verschaffen.[1] Man unterschied zwei Arten von Interzessionen, die privative

1) Vgl. Dernburg, Bürg. R. 3. Aufl. B. II, 2, S. 338, Anm. 3, sowie dessen Pandekten, B. II, S. 225.

und die kumulative Interzession. Bei ersterer trat der Interzedent in ein bestehendes Schuldverhältnis in der Art ein, daß er entweder an die Stelle des bisherigen Schuldners trat und diesen von seiner Verpflichtung völlig befreite: er allein war dann fortan dem Gläubiger verhaftet, oder aber, daß er dem Schuldner gegenüber sich zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtete. Eine Interzession konnte aber auch so erfolgen, daß der Interzedent neben dem Urschuldner zu haften versprach: der Gläubiger erhielt so neben seinem bisherigen Schuldner einen zweiten, der ihm für die Erfüllung seiner Forderung haftete. Diese kumulative Interzession wies wiederum zwei Grade auf: der Interzedent konnte entweder neben dem bisherigen Schuldner als Gesamtschuldner in Anspruch genommen oder erst subsidiär als Bürge haftbar gemacht werden.

Der Begriff der Interzession, der im römischen Rechte deshalb von großer Wichtigkeit war, weil damals Gesetze bestanden, die die Übernahme von Interzessionen erschwerten oder gar verboten, so vor allem das Senatusconsultum Velleianum, das den Frauen die Interzession untersagte hat im heutigen Recht, das alle derartigen Beschränkungen aufgehoben hat, seine Bedeutung verloren und ist daher entbehrlich. Den Bürgschaftsvertrag hat das heutige Rech zu einem selbständigen Vertrage eigener Art gemacht; doch auch die anderen Rechtsgeschäfte, die unter den Oberbegriff der Interzession fielen, sind ihm nicht fremd. Bei dem das moderne Recht beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit ist es sehr wohl möglich, die Wirkungen der gemeinrechtlichen Interzessionsgeschäfte zu erreichen. Der Verkehr kennt eine Reihe von Vertragstypen, die, ohne Bürgschaft im Sinne des Gesetzes zu sein, doch wirtschaftlich bürgschafts=

ähnliche Wirkungen hervorzurufen geeignet sind und bürgschaftsähnliche Zwecke verfolgen.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nun sein, das Wesen und die rechtliche Natur einiger dieser bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäfte, zu denen vor allem die sogenannte kumulative Schuldübernahme, der Kreditauftrag sowie der Garantievertrag zu rechnen sind, zu untersuchen, sowie zu erörtern, inwieweit das Bürgerliche Gesetzbuch Bestimmungen über Geschäfte der Art getroffen hat, insbesondere aber die Stellung der Bürgschaft gegenüber diesen Rechtsgeschäften, sowie die zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Unterschiede darzustellen.

Zunächst wird die Stellung der Bürgschaft gegenüber der kumulativen Schuldübernahme Gegenstand der Darstellung sein.

I. Abschnitt.

Das BGB. normiert eine kumulative Schuldübernahme nicht. Es enthält zwar in den §§ 414 ff. in dem Buche, in dem es den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse behandelt, einen Abschnitt, der „Schuldübernahme" betitelt ist. Es hat aber zweifellos bei deren Regelung, wie eine Prüfung sofort ergibt, ausschließlich den Fall der privativen, translativen oder, wie v. Blume[1] sie nennt, der „befreienden" Schuldübernahme im Auge, wo der Übernehmer als Sondernachfolger an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Deshalb ist aber keinesfalls ausgeschlossen, daß auch nach dem BGB. neben dieser eine kumulative, „be-

1) In Iherings Jahrb. B. 39, S. 391.

stärkende" (v. Blume) Schuldübernahme, ein vertragsmäßiger Eintritt eines Dritten als Mitschuldner in ein bestehendes Schuldverhältnis bei Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, möglich ist.[1] Die Möglichkeit eines solchen Vertrages versteht sich vielmehr auch nach dem BGB. von selbst, wenn das Gesetzbuch es auch unterläßt, von einer kumulativen Schuldübernahme besonders zu reden. —

Es hat zwar in der Literatur nicht an Bestrebungen gefehlt, die das Vorhandensein einer kumulativen Schuldübernahme als selbständiger Verpflichtungsform überhaupt haben verneinen wollen. So hat v. Blume[2] die Ansicht vertreten, daß die kumulative Schuldübernahme mit der in § 773 Z. 1. des BGB. hervorgehobenen selbstschuldnerischen Bürgschaft zu identifizieren sei.[3] Zweck einer kumulativen oder bestärkenden Schuldübernahme, sagt v. Blume, sei die Verbürgung als Selbstschuldner; es könne daher nur gebilligt werden, sie als Unterart der Bürgschaft zu behandeln. Auch Witte[4] lehnt den besonderen Begriff einer kumulativen Schuldübernahme ab. — Diese Ansichten können nicht für zutreffend erachtet werden. Für das gemeine Recht hat bereits Hasenbalg[5] die Identifizierung der Bürgschaft mit der kumulativen Schuldübernahme be-

---

1) So auch Stammler, Schuldverhältnisse, S. 208; v. Blume, a. a. O.; Hellwig, Verträge, S. 176; Planck, 3. Aufl. B. II. Vorbem. z. V. Abschn. S. 293; u. a. m.

2) a. a. O. S. 426 f.

3) So auch das Urteil des OLG. Colmar vom 22. 12. 1905, abgedr. in der „DJZtg." 1906, S. 828; Urteil des OLG. Hamburg v. 13. 6. 1904 in der „Hanseatischen Gerichtsztg." 1904, Beil. 232, vgl. im „Recht" 1904, S. 529, Nr. 2232.

4) In der Posener Jur. Monatsschr. 1903, S. 71.

5) Die Bürgschaft, 1870, S. 60—73.

kämpft. Auch nach dem BGB. muß eine kumulative Schuldübernahme von einer Verbürgung als Selbstschuldner durchaus geschieden werden. Da das BGB. von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wird, ist nach ihm die Konstruktion eines jeden Vertrages, der nicht gegen die guten Sitten oder gegen sonstige zwingende Rechtsregeln oder Verbotsgesetze verstößt, möglich, somit auch eine kumulative Schuldübernahme, da diese sich als die nachträgliche vertragsmäßige Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne der §§ 421 ff. BGB. darstellt und den für dieses geltenden Normen untersteht.

Auch v. Tuhr[1] erscheint es zweifelhaft, ob überhaupt im BGB. neben der Bürgschaft eine kumulative Schuldübernahme Platz finden kann, und zwar aus dem Grunde weil es den Gläubiger wenig interessieren und es ihm gegenüber auch kaum zum Ausdruck kommen werde, ob jemand Bürge oder kumulativer Schuldübernehmer sei; es könne diesem gleich sein, wer von beiden primär die Absicht habe zu zahlen, da er einzig daran Interesse habe, daß beide ihm verhaftet seien. In dieser Begründung liegt jedoch eine Verkennung des entscheidenden Punktes. Es kommt bei Entscheidung der Frage, ob jemand in eine Schuld als Bürge oder als kumulativer Schuldübernehmer eingetreten ist, ganz allein auf das interne Verhältnis der beiden Schuldner an. Die Verhandlungen zwischen Schuldner und Übernehmer allein können dafür maßgebend sein, ob der Übernehmer primär oder sekundär haften will. Die Meinung des Gläubigers hierüber ist irrelevant.

Man hat vielfach den Ausdruck „kumulative Schuld-

1) In seiner Besprechung von Hellwigs „Verträgen" in der Kritischen Vierteljahrsschrift 43, 559.

übernahme“ als unlogisch fallen lassen wollen[1] und dafür von einem „Eintritt in die Schuld als Mitschuldner“, oder, wie Eck-Leonhard[2] vorgeschlagen haben, von einem „Eintritt als Gesamtschuldner“ sprechen wollen. Diese Ausdrücke sind jedoch zu eng gefaßt. Es ist ja richtig, daß man sich in gewissem Sinne eines Verstoßes gegen die Logik schuldig macht, wenn man den Vorgang, daß neben dem alten Schuldner ein neuer in die Schuld eintritt, „kumulative Schuldübernahme“ nennt. Denn nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens kann eine Schuldübernahme nur darin erblickt werden, daß der bisherige Schuldner ausscheidet und ein neuer die Schuld des ersten übernimmt. „Kumulative“ Schuldübernahme wäre daher eigentlich eine contradictio in adiecto. Auch nach der Sprache des BGB. dürfte man eigentlich nicht von einer „kumulativen“ Schuldübernahme reden, denn auch zum Begriff der Schuldübernahme im Sinne des BGB. gehört es, daß sie für den Schuldner befreiend wirkt. — Doch alles dieses kann nicht stichhaltig sein, um von einer Ausdrucksweise abzugehen, die sich bereits im gemeinen Recht eingebürgert hat. Der juristische Sprachgebrauch ist nun einmal da, und es kann kaum eine Beeinträchtigung für das richtige Verständnis des Gesetzes sein, wenn wir für den Begriff der kumulativen Schuldübernahme auch seinen bisherigen Namen beibehalten.

Wird nun durch Vertrag mit dem Gläubiger von einem dritten die Schuld eines andern übernommen, so kann, da die oft ungenaue Fassung der Übernahmeerklärung

---

1) So z. B. Schollmeyer, Kommentar, S. 395; Goldmann-Lilienthal, BGB. 2. Aufl. B. I. § 122, Anm. 3, S. 449.

2) Vorträge über das Recht des BGB. S. 399.

leicht Anlaß zu Zweifeln geben kann, zumal da die Veranlassung zur Schuldübernahme für den Übernehmer bald in seinem Verhältnis zum Schuldner, bald in dem zum Gläubiger liegen kann, fraglich werden, was von den Parteien in Wirklichkeit mit der Schuldübernahme beabsichtigt ist. Wir haben daher zu fragen, für welche Art der Schuldübernahme in Ermanglung eines klaren Sinnes der Parteierklärung die Vermutung spricht. In der Litteratur sind beide Ansichten vertreten, sowohl die, die im Zweifel die Annahme einer kumulativen Schuldübernahme als den Intentionen der Parteien entsprechend befürwortet, als auch die Ansicht, die sich im Zweifel für privative Schuldübernahme entscheidet. Stammler[1] vertritt die erste Ansicht. Er meint, daß, da das Gesetz beide Arten der Schuldübernahme in gleicher Weise ermögliche, bei Unsicherheit über den Inhalt der Vereinbarungen das anzunehmen sei, was am wenigsten Belastung für den durch den Vertrag Beschwerten mit sich bringe. Nun hafte aber der Übernehmer geringer, falls er als Gesamtschuldner eintrete, als wenn er nach seinem Eintritt ganz allein verpflichtet wäre. Auf der andern Seite gebe der Gläubiger bei der privativen Schuldübernahme mehr auf als bei kumulativer, denn bei der letzteren würde seine Lage sicherer, da er neben seinem alten Schuldner noch einen neuen als Gesamtschuldner erhielte.[2]

Der Ansicht Stammlers ist jedoch nicht beizutreten. Wird in der Tat bei einer kumulativen Verpflichtung dem Übernehmer, auf den es allein ankommen

---

1) a. a. O. S. 207.

2) Wie Stammler auch Hellwig, a. a. O., S. 176; Endemann, BR. B. I., S. 884, Anm. 3; RG. B. 19, S. 48; B. 32, Nr. 48.

kann, weniger zugemutet als bei einer privativen Schuldübernahme? Keineswegs. Der Absicht des Übernehmers als des durch den Vertrag Belasteten wird, wenn er eine fremde Schuld auf sich nimmt, eine privative Schuldübernahme mehr zusagen. Falls seine Absicht nicht auf Übernahme einer Bürgschaft geht, — dies wird meist klar hervortreten —, will er durch die Übernahme meist einer ihm dem Schuldner gegenüber obliegenden internen Verpflichtung nachkommen. Was erreicht er nun dadurch für den Schuldner, daß er neben ihm für seine Schuld dem Gläubiger haften will? Nicht das, was er beabsichtigte; denn der Schuldner bleibt genau so verhaftet wie vordem, und der Übernehmer wollte doch gerade diesen von seiner Verpflichtung befreien. Der Gläubiger wird zwar durch Erlangung eines zweiten Schuldners neben dem bisherigen in seiner Position bedeutend gestärkt. Aber dieses kann für die Auslegung des Vertrages nicht ausschließlich maßgebend sein, da es nicht in erster Linie den Intentionen der beiden Schuldner entspricht, daß dem Gläubiger durch die Übernahme ein Vorteil zugewandt werde. Daher kann die Auslegungsregel nur lauten: im Zweifel für privative Schuldübernahme.[1] Auch v. Tuhr[2] meint, daß die Präsumtion für privative Schuldübernahme spreche, falls es zweifelhaft sei, ob eine Schuld privativ oder kumulativ übernommen sei. Denn falls der Schuldübernehmer nicht eine Bürgschaft habe übernehmen wollen, bezwecke er in der Regel die sofortige Befreiung des bisherigen Schuldners, nicht wolle er dem Gläubiger eine Wohltat erweisen. Die Begründung

---

1) So auch v. Blume, a. a. O. S. 426/7; Herz, Diss. S. 62; Enneccerus-Lehmann, BR. B. I § 228II, S. 556.

2) a. a. O. S. 561.

Dernburgs,[1] daß die kumulative Schuldübernahme dem Übernehmer insofern eine geringere Belastung aufbürde, als der Gläubiger sich vielleicht an den ursprünglichen Schuldner halten werde, kann nicht überzeugen.

Ergibt nur die Auslegung eines Vertrages, in dem ein dritter in eine materiell fremde Schuld eintritt, daß durch den Eintritt des dritten der bisherige Schuldner nicht aus dem Schuldenexus entlassen werden soll, daß vielmehr der Schuldübernehmer nur allgemein sich verpflichtet hat, neben dem Schuldner für die Erfüllung seiner Schuld einzustehen, so wird es oft von großer Wichtigkeit sein zu entscheiden, welche Art des Schuldbeitritts beabsichtigt ist, ob der Interzedent für den Schuldner eine Bürgschaft hat übernehmen wollen oder neben diesem als Gesamtschuldner haften will.

Ich komme hiermit zu der wichtigen Frage des Unterschiedes dieser beiden Rechtsinstitute von einander. Die frühere Litteratur hat sich mit dem zwischen beiden bestehenden Unterschied nur wenig beschäftigt. Man hat sich darauf beschränkt, die kumulative Schuldübernahme, wenn man sie überhaupt besonders hervorhob, als ein Rechtsgeschäft, das ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des §§ 421 ff. BGB. begründet, für zulässig zu erklären, hat aber meistens den Unterschied zwischen ihr und der Bürgschaft nicht näher erörtert.

Zwischen der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft, vor allem der selbstschuldnerischen Bürgschaft im Sinne des § 773 Z. 1 des BGB., d. i. einer Bürgschaft, bei der der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, besteht zweifellos große Ähnlichkeit. Beide sind selbständige Interzessionsformen zu Gunsten eines Dritten,

1) BR. 3. Aufl. B. II, 1. § 156 Note 4.

beide verfolgen häufig wirtschaftlich ähnliche Zwecke, nämlich die Erfüllung der dem Gläubiger gegen seinen Schuldner zustehenden Ansprüche zu sichern. Rechtfertigt nun diese Ähnlichkeit, die Vorschriften, die das Gesetz für das eine Rechtsinstitut aufgestellt hat, auch unbedingt oder vielleicht in analoger Anwendung auf eine ihm ähnliche, im Gesetz nicht besonders geregelte Verpflichtungsform zu erstrecken?

Durch einen Rechtsfall, der in letzter Instanz das Reichsgericht beschäftigt hat, ist die Frage, ob und welcher Unterschied zwischen den beiden Verpflichtungsformen besteht, in Fluß gekommen. Da das BGB. im § 766 Satz 1 zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung vorgeschrieben hat, entstand die Frage, ob eine formlos übernommene kumulative Schuldübernahme gültig sei, oder ob die Formvorschrift des § 766 BGB. auf sie analoge Anwendung zu finden habe.

Wenn wir nun an der Hand dieser Reichsgerichtsentscheidung den Unterschied zwischen der Bürgschaft und der kumulativen Schuldübernahme als einem Rechtsgeschäft mit bürgschaftsähnlicher Wirkung beleuchten, so geschieht dies in Erkenntnis der Richtigkeit eines Ausspruches von v. Savigny, der in seinem System des heutigen römischen Rechts, B. 1, S. 21, sagt, daß ein einzelner Rechtsfall ein Rechtsinstitut oft besser zu lebendiger Anschauung bringe als Bücherstudium und Nachdenken.

Der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts hat in einem Urteil vom 20. März 1902[1] zur Gültigkeit der soge-

---

1) Abgedruckt in den Entsch. des RG. B. 50, S. 120 f.; in der „DJZtg." 1902, no. 11, S. 262; Seufferts Archiv B. 58, S. 261, no. 138; Jur. Wochenschr. vom 16. Mai 1902, Beil. 221, no. 74; Braunschweiger Ztschr. f. Rspfl. 1902, 100.

nannten kumulativen Schuldübernahme die schriftliche Form verlangt. — Um dieses von Litteratur und Rechtsprechung äußerst befehdete Urteil richtig würdigen zu können, wird es erforderlich sein, Tatbestand und Gründe des Urteils genauer kennen zu lernen.

Dem Urteil lag folgender Tatbestand zu Grunde:

Der Sohn des Beklagten, an den die Klägerin eine erhebliche Forderung für verkaufte und gelieferte Waren zu haben behauptete, hatte sich, ohne seine Schuld zu decken, aus dem Staube gemacht. Daraufhin hatte der Beklagte einem Vertreter der Klägerin mündlich erklärt, er wünsche nicht, daß die Sache an die Öffentlichkeit komme, er wolle den ganzen Betrag selbst in zwei Raten bezahlen; er wolle für die Schuld seines Sohnes aufkommen; die Klägerin solle um keinen Pfennig betrogen werden. Der Vertreter der Klägerin hatte sich hiermit einverstanden erklärt.

In diesem Vorgang erblickte das Berufungsgericht eine sogenannte kumulative Schuldübernahme auf seiten des Beklagten, es erklärte eine solche auch ohne Beobachtung der Schriftform nach dem BGB. für rechtsverbindlich.

Das Reichsgericht hat dieses Urteil aufgehoben, weil mit Unrecht in diesem Falle die Schriftform für entbehrlich erachtet worden sei. Es hat dahingestellt sein lassen, ob der vom Beklagten erhobene Vorwurf begründet ist, daß mit Unrecht die von ihm übernommene Verpflichtung als etwas anderes als eine selbstschuldnerische Bürgschaft, die nach § 766 BGB. der Schriftform bedurft haben würde, aufgefaßt worden sei. Jedenfalls liege nach dem festgestellten Tatbestand eine Schuldübernahme im Sinne des BGB. nicht vor; denn das BGB. meine mit „Schuldübernahme“ nur die sogenannte

privative Schuldübernahme. Damit sei jedoch nicht ausgeschlossen, daß auch nach dem Recht des BGB. durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten eine kumulative Schuldübernahme vereinbart werden könne.

Das Reichsgericht fährt nun wörtlich folgendermaßen fort:

„Aber sollte auch ein solcher Vertrag begrifflich von der Bürgschaft, wie sie in § 765 BGB. definiert ist, auch von der selbstschuldnerischen Bürgschaft des § 773, Z. 1 daselbst, unterschieden werden können, so muß doch jedenfalls auch für ihn die Schriftform für erforderlich erachtet werden. Daß die Schuldübernahme des § 414 BGB. zweifellos auch in blos mündlicher Form gültig ist, kommt hierbei nicht in Betracht. Denn bei dieser handelt es sich um Leistung gegen Gegenleistung (zu Gunsten des bisherigen Schuldners als eines Dritten), indem durch die Schuldübernahme der bisherige Schuldner seiner Haftung entledigt wird. Die sogenannte kumulative Schuldübernahme dagegen ist ein Geschäft ganz anderer Art, das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, sodaß die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft in § 766 geführt haben, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen. Wollte man diese auch bei blos mündlichem Abschlusse als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt. Es muß daher als dem Sinne des BGB. entsprechend gelten, auch für die sogenannte kumulative Schuldübernahme die schriftliche Form zu verlangen."

Dieses Urteil des Reichsgerichts hat fast durchweg heftigen

Widerspruch hervorgerufen. Die Ansichten der Rechtsprechung sind geteilt.[1]

Die Litteratur hat sich fast einmütig gegen das Urteil des Reichsgerichts ausgesprochen.[2]

---

1) Für das Erfordernis der schriftlichen Form haben sich ausgesprochen:
OLG. Rostock vom 4. 12. 1902 in der „Rechtsprechung der OLG." 6, 449; vergl. auch Meckl. Zeitschr. für Rechtspfl 1903 B. 21, S. 206;
OLG. Dresden, VII. Zivilsenat vom 31. 1. 1903;
OLG. München vom 30. 3. 1904 in „Rechtsprechung" B. 9, S. 284.
OLG. Hamburg vom 13. 6. 1904 in Hanseat. Ger.-Ztg. 1904, Beil. 232; vgl. im „Recht" 1904. S. 529, Nr. 2233.
OLG. Hamburg vom 28. 4. 1906 in Hans Ger-.Ztg. 27, 183;
OLG. Braunschweig vom 2. 10 1903 in Seufferts Archiv, B. 59, S. 397, Nr. 224, — wenn auch unter Bedenken; —
OLG. Carlsruhe vom 10. 7. 1903 im „Recht" 1904, S. 45.
OLG. Bamberg vom 23. 9. 1905 in Ztschr. f. Rspfl. in Bayern 2, 46.
LG. Darmstadt vom 11. 6. 1903 in Hess. Rechtspr. 5, 110.
LG. Carlsruhe in Badischer Rechtspr. 1905, 189.

Für Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme sind,
OLG. Cöln vom 4. 10. 1902 in „Rechtsprechung" B. 8, 84.
OLG. Cöln vom 19. 2. 1904 im „Recht" 1904, 222, Nr. 1032; Rhein. Archiv 1904, 212 ff.; Ztschr. f. deutsches und franz. Zivilrecht 35, 466.
OLG. Colmar v. 9. 12. 1902 in Jur. Ztschr. f. Elsaß-Lothr. 28, 626.
OLG. Celle vom 28. 11. 1901 in „Rechtsprechung" B. 4, 53.
LG. Halle in der Zeitschrift der Anwaltskammer für Naumburg, 1903, S. 88.

2) Vgl. Birkenbihl im „Recht" 1903, Nr. 11, S. 286/7;
Hellbach im „Recht" 1903, Nr. 13, S. 335;
David im „Recht" 1903, Nr. 14, S. 356;
Joseph in der „DJZtg." 1903, Nr. 18, S. 422/3;
Staub in der „DJZtg." 1903, No. 1, S. 19;
Silbermann in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung 1903. S. 363—370, Nr. 19;
Derselbe, ebenda, 1905, Nr. 6 S. 157—160;
Neuburger in den Jahrb. f. Würtemb. Rechtspfl. 1903, S. 381—384;
Witte in Posener Jur. Monatsschr. 1903, Nr. 5, S. 69 71;
Martinius in Gruchots Beiträgen 1905, B. 49, S. 181—218;

Bevor ich in eine Würdigung der Gründe des reichsgerichtlichen Urteils eintrete, möchte ich ein Moment hervorheben, das m. E. in den Besprechungen nicht genügend beachtet ist. Nur Lippmann[1] geht darauf ein.

Nach dem mitgeteilten Tatbestand war keineswegs mit Notwendigkeit das Vorliegen einer kumulativen Schuldübernahme anzunehmen. Das Reichsgericht erwägt den Fall des etwaigen Vorliegens einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, es läßt jedoch dies dahingestellt sein. Auch mir scheint diese Frage vorliegend irrelevant zu sein. Nach der ganzen Sachlage könnte weit eher der Gedanke auftauchen, daß die vom Beklagten übernommene Verpflichtung nichts anderes als eine private Schuldübernahme gewesen sei. Was konnte der Klägerin, der der Beklagte versprochen hatte, die Schuld seines flüchtigen Sohnes decken zu wollen, noch an dem Fortbestand der Haftung des bisherigen Schuldners liegen, da in dessen doch uneintreibbare Schuld sein zweifellos mehr zahlungsfähiger Vater eingetreten war? In dem Verhalten des Gläubigers,

---

Lippmann in Iherings Jahrb. B. 48, S. 327—330;
Salinger im Archiv für Bürg. Recht, B. 28, S. 80-93;
Von Lehrbüchern und Kommentaren vgl. auch:
Dernburg, BR., 1905, 3. Aufl., B. II_1, § 155 III und Anm. 4;
Neumann, Handausgabe, 4. Aufl., 1905, B. I, Vorbem. z. V. Abschn. sub 1;
Staudinger, Kommentar, 1906, B. II zu § 766 Nr. 4a. S. 709/710;
Rehbein, BGB., 1903, B. II, S. 415;
Oertmann, Kommentar, 1906, S. 286;
Schollmeyer, Recht d. Schuldverh., S 171, Anm. 2; u. a. m.
Die Ansicht des Reichsgerichts scheint, wenn auch nicht unbedingt, zu billigen: Planck, BGB., B. II, 1. Lieferung, 3. Aufl. 1904, Vorbemerkung 2a zum V. Abschnitt, S. 293.

1) a. a. O. S. 328.

der sich mit dem Erbieten des Vaters, er wolle für die Schuld seines flüchtigen Sohnes aufkommen, einverstanden erklärte, kann ein stillschweigender Verzicht auf die Verpflichtung des Sohnes erblickt werden, die nach dessen Verschwinden für den Gläubiger doch nur illusorisch und wertlos war. Dies geht auch daraus hervor, daß die Übernahme der Schuld von seiten des Vaters des Schuldners, für den doch keine rechtliche Verpflichtung bestand, für die Schulden seines Sohnes aufzukommen, für den Gläubiger direkt die Erlangung eines Vorteils, auf den er an sich kein Anrecht hatte, bedeutete. Diese Sachlage kann auch der Umstand nicht ändern, daß der Grund für die Erklärung des Vaters die Befürchtung war, daß der Gläubiger die Verfehlungen des Sohnes an die Öffentlichkeit und vielleicht vor den Strafrichter bringen könnte, und daß sein Name hierdurch gebrandmarkt würde.

Auf Grund dieser Erwägungen wäre m. E. eher Grund zu der Annahme gewesen, daß der Vater sich nicht kumulativ neben seinem Sohne hatte verpflichten wollen, vielmehr, daß er an Stelle seines Sohnes, wenn auch unter jener Resolutivbedingung, in dessen Schuld, die hiermit erlosch, eingetreten war, daß also eine privative Schuldübernahme in diesem Falle vorlag. Da nun die privative Schuldübernahme, wie in der Litteratur allgemein und mit Recht angenommen wird, zu ihrer Gültigkeit keiner bestimmten Form bedarf, wäre der Beklagte auf Grund seiner mündlichen Erklärung zweifellos verpflichtet gewesen.

Wie dem nun auch sei, das Reichsgericht hat in diesem Fall das Vorliegen einer privativen Schuldübernahme gar nicht in Erwägung gezogen, hat vielmehr zur Wirksamkeit der vorliegenden Erklärung, mag man in ihr eine selbst-

schuldnerische Bürgschaft im Sinne des § 773 BGB. oder eine kumulative Schuldübernahme sehen, in jedem Falle Schriftform verlangt, und zwar in analoger Anwendung des § 766 des BGB.

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob die analoge Anwendung der Formvorschrift, die in § 766 BGB. zur Gültigkeit der Bürgschaftserklärung vorgeschrieben ist, auf die Erklärung der kumulativen Schuldübernahme gerechtfertigt ist.

Das Reichsgericht will als dem Sinn des BGB. entsprechend den § 766 deshalb auf die kumulative Schuldübernahme analog angewandt wissen, weil diese ein Rechtsgeschäft sei, das seiner materiellen Wirkung nach die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft habe, sodaß die legislativen Erwägungen, die zur Einfügung des § 766 in das BGB. geführt hätten, auch für sie völlig zuträfen.

Welche legislativen Erwägungen haben nun die Formvorschrift für die Bürgschaftserklärung hervorgerufen? In dem dem Reichstag vorgelegten Entwurfe eines BGB. war keine Form für den Bürgschaftsvertrag vorgeschrieben. In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs war zwar der Antrag gestellt, für die Bürgschaftserklärung schriftliche Form zu verlangen, er wurde jedoch abgelehnt, weil man von der Schriftlichkeit keine Vorteile erwartete.[1] Erst in der Reichstagskommission ging der Antrag durch, für die Bürgschaftserklärung Schriftform vorzuschreiben, und zwar ging die Kommission davon aus, daß es sich wegen der großen Gefahren, die die Bürgschaft mit sich bringe, empfehle, durch eine Formvorschrift den sich Ver-

---

1) Vgl. Achilles, Protokolle der II. Kommission, S. 461—463.

pflichtenden zu größerer Vorsicht anzuspornen.[1] In der Reichstagskommission war für den Fall der Annahme des Antrags auf schriftliche Form der Bürgschaftserklärung ferner vorgeschlagen, eine Bestimmung hinzuzufügen, daß auch die Schuldübernahme der schriftlichen Form bedürfe. Der Antrag wurde abgelehnt, und zwar aus dem Grunde, weil für das Gegenstück der Schuldübernahme, die Zession, keine Form vorgeschrieben sei, es also einen Mangel an Folgerichtigkeit bedeute, wenn man die Schuldübernahme von einer Form abhängig machen wolle. Auch berge die überhaupt seltene Schuldübernahme keineswegs die gleiche Gefahr in sich wie die Bürgschaft; überdies sei sie praktisch kaum von der Erfüllungsübernahme zu scheiden und berühre sich häufig mit den Verträgen zu Gunsten Dritter. Die Rechtssicherheit müsse also leiden, wenn man für diese Geschäfte verschiedene Formen anordnen wolle.[2]

Mag auch dahingestellt bleiben, inwieweit diese Erwägungen zutreffen, jedenfalls ist aus der Ablehnung dieses Antrags, der sich zweifellos nur mit der Form der privativen Schuldübernahme beschäftigte, keineswegs ein Rückschluß auf Form oder Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme geboten. Denn das BGB., das die kumulative Schuldübernahme nicht als besonderen Vertragstypus normiert, hat die Frage nach einer bestimmten Form nicht besonders in Betracht gezogen; weder die Materialien und die Vorarbeiten, noch die Entstehungsgeschichte des § 766 geben irgendwelchen Anhalt, ob die Ausdehnung der Formvor-

---

1) Vgl. Bericht der Reichstags-Kommission zu §§ 750—762 des Entw.

2) Vgl. Bericht der Reichstagskommission, S. 1983.

schrift für die Bürgschaft auf diesen Vertrag wegen seines Interzessionscharakters angebracht sei.

Ich komme zum Resultat, daß aus der Entstehungsgeschichte des § 766 nichts darüber hervorgeht, daß es dem Willen des Gesetzgebers entspreche, daß diese Formvorschrift auf andere Interzessionsgeschäfte als die Bürgschaft, insbesondere auf die kumulative Schuldübernahme, ausgedehnt werden solle.

Es hat überhaupt seine große Bedenken, im Bürgerlichen Gesetzbuch, daß grundsätzlich von der Formfreiheit der Verträge ausgeht, eine für ein bestimmtes Rechtsinstitut aus irgendwelchen Zweckmäßigkeitsgründen statuierte Formvorschrift auf ein ihm ähnliches Rechtsinstitut anzuwenden. Mit Recht kennzeichnete als einer der ersten Staub[1] jene Argumentation des Reichsgerichts als bedenklich. Er führt aus, daß eine jede Formvorschrift eine Ausnahmevorschrift sei, die nach alten bewährten Grundsätzen einer analogen Ausdehnung nicht fähig sei. „Selbst wenn ein Rechtsgeschäft die größte Ähnlichkeit mit einem andern hat, für das eine Form vorgeschrieben ist, so rechtfertigt das nicht eine Ausdehnung der Formschrift auf jenes Geschäft. Denn immerhin ist es doch verschieden von dem Geschäft, das nach dem Gesetz an die Form geknüpft ist."

Es läßt sich auch ein Grund auffinden, der für den Gesetzgeber bestimmend gewesen sein mag, von allen Arten der Interzessionsformen allein die Bürgschaft einem Formzwange zu unterwerfen. Die Schriftform für die Bürgschaft ist, wie erwähnt, von der Reichstagskommission in das BGB. eingeführt, um den, der sich für eine fremde Schuld ver-

---

1) DJZtg. 1903, S. 19.

pflichten will, vor leichtsinniger Übernahme einer Bürgschaft zu warnen. Wenn auch bei jeder Übernahme einer fremden Schuld Gefahr vorhanden ist, daß man unvorsichtig oder voreilig für sie gutsagt und sich verpflichtet, so ist diese Gefahr jedenfalls bei der Bürgschaft größer als bei jeder anderen Art einer Interzession. Der Bürge als Träger einer subsidiären Verbindlichkeit hofft vielleicht, daß der Gläubiger trotz der Verbürgung von dem Hauptschuldner Befriedigung erlangen wird, und glaubt, dem Schuldner ohne eigenes Risiko gefällig sein zu können. Um dem Bürgen die Bedeutung seiner Verpflichtung zum Bewußtsein zu bringen, führte man die Schriftform ein. Bei einer kumulativen Schuldübernahme liegt die Sachlage für den Übernehmer anders. Er weiß von vornherein, wenn er in eine fremde Schuld als Gesamtschuldner eintritt, daß er jedenfalls von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden wird, er rechnet kaum darauf, daß der Gläubiger vor ihm den Urschuldner belangen wird; er wird sich daher immer der Tragweite seines Handelns bewußt sein. Daher bedarf es hier nicht mehr als bei irgend einem andern Vertrag einer „Anspornung zu größerer Vorsicht" durch Formzwang. [1]

Auch bei Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft hat das Gesetz Schriftform vorgeschrieben, denn auch hier ist die Gefahr voreiliger Verpflichtung, wenn auch nicht in so starkem Maße wie bei gewöhnlicher Bürgschaftsübernahme, größer als bei kumulativer Verpflichtung. Denn immerhin hat „der Verzicht auf die Einrede der Voraus-

---

1) Vgl. hierzu Silbermann, Seuff. Bl. f. Rsanw. B. 68, S. 368; Martinius, a. a. O. S. 186; Salinger, a. a. O. S. 85; Urteil des OLG. Cöln v. 19. 2. 04. im „Recht" 1904, S. 222, no. 1032.

klage nur die Subsidiarität der Bürgenhaftung, nicht aber den accessorischen Charakter der Bürgschaftsobligation aufgehoben."[1] Auch hier wird der Gläubiger in der Regel zunächst seine Befriedigung bei dem Hauptschuldner zu erlangen suchen und erst in zweiter Linie den selbstschuldnerischen Bürgen belangen.

Wenn das Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht über die Notwendigkeit der analogen Ausdehnung des § 766 auf die kumulative Schuldübernahme ferner ausführt, daß bei Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt wäre, so kann auch dieses Argument nicht durchschlagen. In treffender Weise führt Staub[2] aus, daß es Sache des Gesetzgebers sei, Vorschriften zu geben, durch die die Vereitelung seiner Absichten gehindert würden. Wolle er einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg durch eine Formvorschrift erzeugen, so müsse er die Formvorschrift so weit ausdehnen, daß jener Erfolg dadurch gesichert sei. Sei ihm dies aber nicht gelungen, so könne der Richter ihm nicht beispringen, und über die Formvorschriften des Gesetzes hinaus auch noch andere Rechtsgeschäfte an die Form knüpfen, bis jener vom Gesetzgeber erstrebte wirtschaftliche Erfolg erreicht sei. — Das Recht kennt beide Rechtsinstitute neben einander; beide sind rechtlich gleichwertig. Es steht den Parteien völlig frei, das Rechtsgeschäft abzuschließen, für das sie sich entschlossen haben. „Bei Anwendung des einen Rechtsgeschäfts seitens der Parteien kann nicht von

---

1) Vgl. Entsch. d. RG. B. 34, S. 157; vgl. auch OLG. Dresden in den Annalen des Königl. Sächs. OLG. Dresden 24, 266.

2) In seiner Kritik der reichsgerichtlichen Entscheidung a. a. O.

der Umgehung des anderen durch sie gesprochen werden."[1] Mögen sie auch in der erkennbaren Absicht, die Formvorschrift des § 766 zu vermeiden, statt einer selbstschuldnerischen Bürgschaft mündlich eine kumulative Schuldübernahme vereinbaren, — anders liegt natürlich der Fall, wo es klar auf der Hand liegt, daß das Handeln der Parteien direkt in fraudem legis gerichtet ist —, so liegt kein simuliertes Geschäft vor, da es so von den Parteien gewollt ist, und es ist daher auch formlos gültig, wenn das Gesetz für dieses Geschäft keine Form vorschreibt.

Übrigens würde es eine Inkonsequenz des Gesetzes bedeuten, wenn es für die kumulative Schuldübernahme eine Form vorschreiben würde, die privative Schuldübernahme dagegen formlos gültig sein ließe. Daß eine privative Schuldübernahme formlos eingegangen werden kann, ist in Litteratur und Rechtsprechung nicht bestritten. Das Reichsgericht motiviert seine abweichende Entscheidung damit, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten der Schuldübernahme darin liege, daß es sich bei der privaten Schuldübernahme um Leistung gegen Gegenleistung (zugunsten des bisherigen Schuldners als eines Dritten) handle, indem durch die Schuldübernahme der bisherige Schuldner seiner Haftung entledigt werde. Dies ist jedoch nicht immer zutreffend, trifft auch nicht den entscheidenden Punkt. Zwar wird durch die privative Schuldübernahme der bisherige Schuldner aus dem Schuldnexus entlassen und von der Haftung befreit, aber es ist keineswegs immer berechtigt, in dieser Befreiung eine „Gegenleistung" des Gläubigers an den Schuldübernehmer zu erblicken. Nur unter Umständen, wenn der Übernehmer ein Interesse an der Befreiung des bisherigen Schuldners hat,

1) OLG. Cöln v. 19. 2. 04.

läßt sich von einer Gegenleistung des Gläubigers an ihn sprechen; aber in allen Fällen, und diese sind nicht allzu selten, in denen kein eigenes Interesse des Schuldübernehmers an der Befreiung des bisherigen Schuldners vorhanden ist, in denen der Schuldübernehmer die Schuld nur aus egoistischen Motiven übernimmt, überall da würde man nur gezwungen in der Entlassung des Schuldners aus dem Schuldnexus, die ja kraft Gesetzes mit der privativen Schuldübernahme eintritt, eine „Gegenleistung" des Gläubigers an den Übernehmer erblicken können. Aber auch abgesehen hiervon, interessiert dieser vom Reichsgericht hervorgehobene, angeblich zwischen den beiden Arten der Schuldübernahme bestehende Unterschied für die Formfrage keineswegs. Dieser Unterschied läßt sich nicht für eine analoge Anwendbarkeit der für die Bürgschaftserklärung im § 766 vorgeschriebenen Form auf die Erklärung des kumulativen Schuldübernehmers verwerten. Der gesetzgeberische Grund, der für die Einführung der Schriftform für die Bürgschaftserklärung ausschlaggebend war, trifft an sich auch für die privative Schuldübernahme zu, vielleicht noch in größerem Maße. Die Schriftform soll den Bürgen vor leichtsinniger Übernahme von Verpflichtungen abhalten; der § 766 ist eine Schutzvorschrift für ihn. Dieselben Erwägungen könnten auch für den privativen Schuldübernehmer Platz greifen, insofern, als seine Haftung dem Gläubiger gegenüber eine unbedingte im Gegensatz zur accessorischen Haftung des Bürgen ist. Auch ist die privative Schuldübernahme, da sie den Schuldübernehmer begrifflich unbedingt zur Leistung heranzieht, mit größerem Risiko für diesen verknüpft als die kumulative Schuldübernahme, bei der der Gläubiger die Leistung zwar auch vom neuen, aber gerade so gut auch vom alten

Schuldner verlangen kann. Wie sollte das Gesetz nun für die weniger Gefahren für den Übernehmer bietende kumulative Schuldübernahme eine bestimmte Form vorschreiben, wenn es die Eingehung der gefährlicheren privativen Schuldübernahme formlos zuläßt?

Aus alledem scheint mit Sicherheit hervorzugehen, daß die Formvorschrift des § 766 einzig und allein für den Bürgschaftsvertrag aufgestellt ist, daß sie eine Ausnahmevorschrift ist, die eine ausdehnende Interpretation nicht duldet.

Wie steht es nun mit der „größten Ähnlichkeit", die nach der Ansicht des Reichsgerichts in der zitierten Entscheidung die kumulative Schuldübernahme mit der Bürgschaft haben soll? Gerade diese angeblich zwischen den beiden Verträgen bestehende große Ähnlichkeit hat, zumal da sie dem RG. für die analoge Ausdehnung der Formvorschrift des § 766 ausschlaggebend war, in Litteratur und Rechtsprechung Anlaß zu mancherlei Kontroversen gegeben. Wie schon hervorgehoben, kommen zweifellos beide Rechtsinstitute in ihrem wirtschaftlichen Erfolge einander oft äußerst nahe, in ihrer rechtlichen Bedeutung sind sie jedoch scharf auseinanderzuhalten. Fürs gemeine Recht hat bereits Hasenbalg,[1] die Ansicht verfochten, daß materielle Verschiedenheiten daran geknüpft seien, ob ein Interzedent die fremde Verbindlichkeit als fideiussor oder als Selbstschuldner übernommen habe, d. h. m. a. W., ob jemand für eine fremde Schuld sich als Bürge verpflichtet habe oder in diese als kumulativer Schuldübernehmer eingetreten sei.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch ergeben sich die zwischen den beiden Vertragstypen bestehenden

1) Die Bürgschaft, S. 60—73.

Unterschiede bei einer Vergleichung der Bestimmungen, die das BGB. für den Bürgschaftsvertrag in den §§ 765 ff. aufgestellt hat, mit den Vorschriften über das Gesamtschuldverhältnis, das durch die Übernahme einer kumulativen Verpflichtung begründet wird, wie sie in den §§ 421 ff. BGB. normiert sind. Unter einer „Bürgschaft" ist der obligatorische Vertrag zu verstehen, durch den ein Dritter in ein fremdes Schuldverhältnis eintritt und sich dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, persönlich für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen.[1] Aus dem Begriffe der Bürgschaft geht hervor, daß die Bürgschaft immer eine streng accessorische Verbindlichkeit erzeugt; nur dann, wenn eine Verbindlichkeit des Hauptschuldners besteht, kann eine rechtsgültige Bürgschaft entstehen. Die Bürgschaftsverpflichtung ist in vollkommener rechtlicher Abhängigkeit von der Hauptschuld. Der Bürge ist ferner Träger einer begrifflich subsidiären Verbindlichkeit, er haftet grundsätzlich erst in zweiter Linie, erst dann, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner vergeblich mit Zwangsvollstreckungsmitteln vorgegangen ist.

Tritt dagegen ein Dritter in ein bestehendes Schuldverhältnis ein, indem er neben dem bisherigen Schuldner als Gesamtschuldner die Haftung für dessen Schuld übernimmt, so hat er nicht die Stellung eines Bürgen, er haftet nicht für eine fremde Schuld, vielmehr ist er neben dem Urschuldner gleichfalls Hauptschuldner, die Schuld ist durch die Übernahme seine eigene geworden. — Aus dem Prinzip der accessorischen Natur der Bürgschaft ergibt sich, daß der Bürge sich der Einwendungen des Hauptschuldners gegen die Entstehung oder den Fortbestand der Haupt-

1) Vgl. Endemann a. a. O., § 190.

schuld bedienen kann. Er kann sich daher sowohl darauf berufen, daß das der Schuld zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nichtig sei, als auch darauf, daß die Hauptschuld z. B. durch Erfüllung oder Aufrechnung erloschen sei. § 768 BGB. bestimmt, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, d. s. solche Tatsachen, die die Existenz einer Bürgschaftsverpflichtung an sich nicht in Frage stellen, die jedoch den Hauptschuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigen, mögen diese Einreden bereits zur Zeit der erfolgten Verbürgung bestehen, oder dem Hauptschuldner erst nach der Übernahme der Bürgschaft durch den Dritten erwachsen.

Anders ist es dagegen bezüglich der Einreden bei der ein Gesamtschuldverhältnis begründenden kumulativen Schuldübernahme. Der Übernehmer kann dem Gläubiger gegenüber zwar alle Einreden geltend machen, die dem Urschuldner zur Zeit der Schuldübernahme zustehen; jedoch die Einreden, die nach der Schuldübernahme dem Urschuldner erwachsen, kommen ihm nur in ganz beschränktem Maße zu Gute. Zu Gunsten des Übernehmers wirkt die Erfüllung der Schuld durch den bisherigen Schuldner, auch eine rechtsgültige Hinterlegung, Aufrechnung, Leistung an Erfüllungsstatt durch diesen. Nach § 425 Abs. 1 BGB. wirken aber andere als die in den §§ 422–424 BGB. bezeichneten Tatsachen, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. Abs. 2 des § 425 zählt die wichtigsten Fälle auf, die nicht „gesamtwirkend“[1] sind. Besonders scharf tritt der Unter-

---

1) Dernburg B. II 1, § 162 II.

schied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme hervor, wenn man die Einrede der Verjährung ins Auge faßt. Während dem Bürgen, auch dem selbstschuldnerischen des § 773 Z. 1, die für den Hauptschuldner laufende Verjährung zu gute kommt, auch wenn für ihn die Verjährung noch nicht vollendet ist, kann sich der kumulative Schuldübernehmer nicht auf eine nach geschehener Schuldübernahme eingetretene Verjährung der Schuld des Urschuldners berufen. In der Regel wird sogar die Schuld des Urschuldners eher als die des Übernehmers verjähren. Nach § 198 BGB. beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs. Die Verjährung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Übernehmer kann daher erst mit dem Augenblick der Schuldübernahme, nicht schon mit dem der Entstehung der Urschuld, beginnen. Der Übernehmer wird ferner im Gegensatz zum Bürgen nicht von seiner Verpflichtung befreit, wenn nach der Übernahme in der Person des ersten Schuldners Forderung und Schuld sich vereinigen. Wird der Gläubiger mit einer Klage gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen, so kann der Bürge der Inanspruchnahme des Gläubigers die exceptio rei judicatae entgegensetzen,[1] der kumulative Schuldübernehmer kann sich dagegen gemäß § 425 Abs. 2 nicht auf ein zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil, das den Gläubiger abgewiesen hat, berufen. Durch Erlaß der Hauptschuld durch den Gläubiger erlischt auch die Schuld des Bürgen; nach § 423 BGB. befreit dagegen ein zwischen dem Gläubiger und dem Urschuldner vereinbarter Erlaß den kumulativen Schuldüber-

---

1) So Dernburg Bd. II, 2, § 287, VI.

nehmer nur dann von seiner Verbindlichkeit, wenn nach der Absicht des Kontrahenten das ganze Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte. Andererseits ist wieder die Stellung des kumulativen Schuldübernehmers günstiger als die des Bürgen, insofern, als nach § 767 die Haftung des Bürgen auch dann Platz greift, wenn durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners die Hauptverbindlichkeit geändert wird, hingegen die Haftung des kumulativen Schuldübernehmers nicht durch nachträgliches Verschulden des Urschuldners erweitert wird. Während nach § 770 BGB. dem Bürgen eine aufschiebende Einrede dann zusteht, wenn sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann, oder wenn der Hauptschuldner in der Lage ist, das seiner Verpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, kennt das Gesetz für den kumulativen Schuldübernehmer derartige Bestimmungen nicht. Der Bürge kann gemäß § 775 BGB. gegebenenfalls Befreiung vom Hauptschuldner verlangen, der kumulative Schuldübernehmer nie. Auch eine dem § 776 entsprechende Vorschrift ist beim Gesamtschuldverhältnis nicht zu finden. Schließlich besteht auch noch darin ein erheblicher Unterschied, daß der zahlende Bürge gegen den Hauptschuldner ein Rückgriffsrecht hat, während dem Schuldübernehmer gemäß den Grundsätzen der Gesamtschuld aus der Tilgung der übernommenen Schuld gegen den Urschuldner niemals ein Anspruch erwächst, es sei denn darüber eine besondere Vereinbarung ausdrücklich getroffen. Und auch dann, wenn eine Regreßpflicht zwischen Urschuldner und Übernehmer bedungen ist, geht doch nicht die Forderung des Gläubigers, wie bei der Bürgschaft, auf den Schuldübernehmer über, vielmehr würde dem zahlenden

Übernehmer lediglich aus dem internen Verhältnis ein Ersatzanspruch zustehen.

Wie deutlich nun auch der zwischen den beiden Verträgen bestehende rechtliche Unterschied zu Tage tritt, so ist es doch im Verkehrsleben oft äußerst schwierig, zu entscheiden, welcher Vertrag von den Parteien gewollt ist, ob Übernahme einer Bürgschaft mit oder ohne Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, oder ob einfacher Eintritt als Gesamtschuldner beabsichtigt wird, oder, wie Rehbein[1] gelegentlich sagt, ob der Wille des Dritten und des Gläubigers auf Begründung eigener selbständiger, solidarischer Verpflichtung oder auf Begründung der Verpflichtung gegangen ist, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen. Die Schwierigkeit dieser Unterscheidung wächst umsomehr, als derjenige, der die Schuld eines andern als eigene übernehmen will, oft die Haftung zu Bürgschaftszwecken auf sich nimmt. Deshalb ist jedoch der Übernahmevertrag noch keineswegs ein Bürgschaftsvertrag geworden. Die Haftung des kumulativen Schuldübernehmers richtet sich immer nach den Grundsätzen der Gesamtschuld, nur wird in einem solchen Falle die Bestimmung des § 425, nach der andere als die in den §§ 422—424 bezeichneten Tatsachen nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, dadurch modifiziert, daß das Gesetz diese Vorschriften nur dann Platz greifen läßt, „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt.“ Dieser Zusatz ist für die ein Gesamtschuldverhältnis begründende kumulative Schuldübernahme insofern von

1) a. a. O. B. II zu § 414—419 Note 2.

Wichtigkeit, als dadurch die Möglichkeit gegeben ist, auf die besonderen Absichten der Vertragschließenden Rücksicht zu nehmen. Denn die Auslegung des Schuldverhältnisses ergibt oftmals, daß der Schuldübernehmer zwar die fremde Verpflichtung als eigene Schuld hat auf sich nehmen wollen, daß er jedoch trotzdem nicht ungünstiger dazustehen beabsichtigte als der Urschuldner. Es wird in solchen Fällen anzunehmen sein, daß die Absicht des kumulativen Schuldübernehmers dahin geht, sich auch auf solche Einwendungen und Einreden, abgesehen von rein persönlichen Gegenrechten, berufen zu können, die dem Urschuldner nach dem Zeitpunkt der Schuldübernahme gegen den Gläubiger erwachsen. Ergibt sich somit aus dem Schuldverhältnis zwischen Urschuldner und Übernehmer, daß auch von den in § 425 Abs. 2 genannten Tatsachen einige nicht nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken sollen, in dessen Person sie eintreten, sondern sowohl dem Urschuldner wie dem Schuldübernehmer zu gute kommen sollen, so kommt dieses Rechtsverhältnis zwar — worauf Salinger[1] in treffender Weise aufmerksam macht — in seinen rechtlichen Wirkungen der selbstschuldnerischen Bürgschaft vielfach äußerst nahe, doch ist es keineswegs deshalb mit ihr identisch. —

Nach alledem erscheint der Standpunkt des Reichsgerichts, das die Formvorschrift des § 766 ohne Einschränkung auf die Erklärung des kumulativen Schuldübernehmers angewandt wissen will, nicht als gerechtfertigt.

Das Reichsgericht ist jedoch auf diesem seinen Standpunkt nicht stehen geblieben, es hat in einer

1) Archiv f. BR. B. 28, S. 84.

neueren Entscheidung vom 14. November 1904,[1] den in seiner Entscheidung vom 20. März 1902 aufgestellten Rechtssatz in gewisser Weise eingeschränkt. Das RG. führt hier folgendermaßen aus: „Der erkennende Senat entscheidet übrigens jetzt die früher offen gelassene Frage, ob überhaupt eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogenannte kumulative Schuldübernahme denkbar ist, dahin, daß sie allerdings insofern zu bejahen ist, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 hinzutreten kann, daß aber der Regel nach und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist. Damit ist ohne weiteres für alle Fälle solcher „Schuldübernahme" die Anwendbarkeit des § 766 gegeben, soweit nicht der § 350 HGB. entgegensteht; während andererseits in jenen Ausnahmefällen zur entsprechenden Anwendung des § 766 allerdings kein Anlaß gegeben sein möchte."[2] — Das Reichsgericht hat demnach seinen früheren Standpunkt von der begrifflichen Identität beider Rechtsinstitute grundsätzlich aufgegeben, es erkennt an, daß unter gewissen Umständen das Vorliegen einer von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedenen kumulativen Schuldübernahme anzunehmen ist. Im Zweifel liege zwar Bürgschaft vor, nicht kumulative Schuldüber-

1) Abgedruckt in seiner Sammlung B. 59, S. 232, Nr. 66; vgl. Jurist. Wochenschr. 1905, S. 45, Nr. 11; „Recht" 1905, S. 106, Nr. 400, in Übereinstimmung mit dem OLG. Hamm; vgl. auch RG. B. 60, S. 263.

2) In gleicher Weise hat sich der II. Zivilsenat des Reichsgerichts ausgesprochen in einer Entscheidung vom 23. 11. 1906, in B. 64, S. 318 f.

nahme; wenn sich aber im konkreten Falle dartun ließe, daß eine kumulative Schuldübernahme wirklich gemeint sei, dann sei eine analoge Anwendung des § 766 ausgeschlossen.

Der Satz, daß man im Zweifel sich für Bürgschaft zu entscheiden habe, erscheint zwar bedenklich; man wird Dernburg[1] Recht geben müssen, wenn er meint, daß die Annahme einer Vermutung für die Bürgschaft weder gesetzlich noch im Sinne des Verkehrs begründet sei, daß vielmehr dafür, ob Bürgschaft oder formlose kumulative Schuldübernahme vorliege, die Absicht der Parteien maßgebend sein müsse, die aus deren ausdrücklichen Erklärungen oder der Sachlage des Einzelfalls zu entnehmen sei. Trotzdem hat die neuere Reichsgerichtsentscheidung gegenüber der ersten, die in das Rechtsleben eine Unsicherheit gebracht hat, eine gewisse Klärung des Rechtszustandes bewirkt.

II. Abschnitt.

Wir kommen nunmehr zu einem Rechtsgeschäfte, das gleichfalls im Verkehrsleben der Bürgschaft ähnliche wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Es ist der Kreditauftrag, das mandatum qualificatum des gemeinen Rechts. Bereits im früheren Rechte ist die Frage nach der rechtlichen Natur des Kreditauftrags, sowie die Frage nach seiner Stellung der Bürgschaft gegenüber Gegenstand mannigfacher Untersuchungen geworden. Der Streit drehte sich zunächst insbesondere darum, ob neben der fideiussio überhaupt noch ein mandatum qualificatum als selbständige Vertragsart anzuerkennen sei, ob vielmehr

1) BR. 3. Aufl. B. II., 2. § 285, S. 392, Anm. 12.

nicht der Kreditauftrag als eine Unterart der Bürgschaft zu behandeln sei. Während die frühere gemeinrechtliche Lehre fast durchweg den Kreditauftrag als eine Unterart des Bürgschaftsvertrages behandelte, mit der Motivierung, daß dies dem Geiste der römischen Rechtsquellen entspreche, hat die herrschende Lehre des gemeinen Rechts des letzten Jahrhunderts die Ansicht vertreten, daß an der Selbständigkeit des Kreditauftrags als eines eigenen Rechtsinstituts neben der Bürgschaft festzuhalten sei. Doch auch in dieser Periode ist dieser Standpunkt nicht unangefochten geblieben. Insbesondere Arndts[1] hat im Gegensatz zur herrschenden Lehre die Behauptung aufgestellt, daß der Kreditauftrag im Laufe der Zeit völlig in die Bürgschaft aufgegangen sei; es beständen materielle Verschiedenheiten zwischen der durch Mandat und der durch Bürgschaft übernommenen Garantiehaftung nicht mehr. Auch Windscheid[2] steht auf diesem Standpunkt. Er führt aus: „Die Hauptanwendung des Garantievertrags, — d. i. eines Vertrages, wodurch jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde —, ist die, wo durch denselben die Gefahr eines von einem andern zu erteilenden Kredits übernommen wird (Kreditauftrag); in dieser Anwendung ist der Garantievertrag eine Form der Bürgschaft."

Dieser Lehre ist ein Verteidiger auch noch in Sokolowski[3] erstanden, der zu beweisen sucht, daß für das gemeine Zivilrecht nicht die geringste Veranlassung mehr

1) In seinen Pandekten, § 353.

2) Vgl. Windscheid-Kipp, 9. Aufl. 1906. B. II § 412, 2, S. 817 unten.

3) Die Mandatsbürgschaft, 1891, S. 133 f.

vorliege, neben dem ordentlichen Bürgenvertrage noch das besondere Institut einer „Mandatsbürgschaft“ fortbestehen zu lassen. Die Ansichten der genannten Schriftsteller haben jedoch in der Litteratur keinen festen Fuß fassen können. Die überwiegende Ansicht hält für das gemeine Recht an der Selbständigkeit des Kreditauftrags fest.

Neben der Ansicht, die den Kreditauftrag in der Bürgschaft aufgehen läßt, lassen sich in der Litteratur des gemeinen Rechts weitere Theorien unterscheiden, die zwar die Selbständigkeit dieses Vertragstypus im Rechtssystem anerkennen, die aber sein Wesen, das sie aus den römischen Quellen heraus zu ergründen suchen, in verschiedener Weise auffassen. Als vorherrschend ist die Mandatstheorie zu bezeichnen. Ihr Hauptvertreter ist Dernburg.[1] Er lehrt, daß das mandatum qualificatum, d. i. der einem Geldverleiher erteilte Auftrag, einem Dritten zu kreditieren, den Grundsätzen des Mandats unterliege. Insbesondere erlösche es durch Widerruf des Mandanten, bezw. durch Kündigung des Mandatars vor der Ausführung wie jedes andere Mandat. Erst nach der Ausführung des Kreditauftrags werde das Verhältnis einer Verbürgung ähnlich. Dernburg bezeichnet es als einen Mißgriff, wenn manche Neuere das Kreditmandat einfach in der Bürgschaft aufgehen lassen wollen.

Neben dieser Auftragstheorie hat sich noch ein sogenanntes gemischtes System herausgebildet, dessen Vertreter annehmen, daß in dem Kreditauftrag weder eine einzig nach den Regeln der Bürgschaft zu beurteilende Kreditbürgschaft noch ein ausschließlich unter das Mandat fallendes Auftragsverhältnis zu erblicken sei, daß er vielmehr ein aus

1) Pandekten, B. II, 7. Aufl. 1903: § 77, S. 211.

Bürgschaft und Mandat gemischtes Rechtsverhältnis darstelle.[1] Unter den Vertretern des gemischten Systems wiederum war man sich vor allem darüber uneinig, inwieweit nach der erfolgten Kreditgewährung die Bürgschaftsnormen anwendbar seien, ob mit diesem Zeitpunkt das Rechtsverhältnis völlig in eine Bürgschaft übergehe, oder ob nur die Haftung des Mandanten Bürgschaftsnormen unterliege.[2]

Diese kurze Übersicht möge genügen, um den Stand der Ansichten über diese Frage im gemeinen Recht zu charakterisieren.

Bei der Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs trat an den Gesetzgeber die Frage heran, in welcher Weise das mandatum qualificatum des gemeinen Rechts zu behandeln sei. Sollte man der Mandatstheorie folgen, sollte man den Kreditauftrag bis zur erfolgten Kreditgewährung Mandatsnormen und von diesem Augenblicke an Bürgschaftsnormen unterstellen, oder sollte man ihn völlig in der Bürgschaft aufgehen lassen? Der von der I. Kommission ausgearbeitete Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich machte sich die für das gemeine Recht von Arndts und Windscheid verfochtene Ansicht zu eigen, die den Kreditauftrag mit der Bürgschaft identifizierte. Er bestimmte in § 680, daß der Kreditauftrag schon von seinem Abschluß an, nicht etwa erst von der Kreditgewährung an, als

1) Vgl. Rothenberg im Archiv für die zivilistische Praxis, B. 77, S. 323 ff., er nennt das Institut „ein einheitliches Rechtsgebilde mit der doppelten, neben einander wirkenden Qualifikation des Auftrags und der Bürgschaft."

2) Vgl. über alle diese gemeinrechtlichen Streitfragen Litteraturangaben insbesondere auch bei Weidemann in Goldschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, B. 53, S. 432, Anm. 2; Heimann, Dissertation, Rostock, 1904, S. 2, Anm. 3; und Rinck, Dissertation Erlangen, 1905, S. 7.

Bürgschaft zu behandeln sei; andere Rechtssätze sollten daneben keine Geltung haben. § 680 sollte eine Dispositivvorschrift sein, nach der dem Parteiwillen die entscheidende Bedeutung für die Anwendung der in Frage kommenden Rechtssätze zuerkannt wurde. Der Entwurf ging von dem Gedanken aus, daß mit einem Kreditauftrag regelmäßig eine Bürgschaft beabsichtigt sei, und daß daher dieses Vertragsverhältnis nach den Grundsätzen über die Bürgschaft zu behandeln sei; die Mandatsgrundsätze sollten nur ausnahmsweise Platz greifen, dann, wenn es erkennbar zu Tage trete, daß die Absicht der Parteien gerade auf den Abschluß eines Mandates gerichtet gewesen sei.[1] Bei der Regelung des Kreditauftrags in dieser Weise wäre an sich eine besondere Bestimmung über ihn im Gesetze überflüssig gewesen. Aber die Kommission hielt mit Rücksicht auf die große Rolle, die das Institut im Verkehr, insbesondere im Handelsverkehr spielt, es für geboten, den Kreditauftrag im Gesetze nicht zu übergehen, weil beim Schweigen des Gesetzes eine schädliche Rechtsunsicherheit unausbleiblich gewesen wäre.[2]

Diese Ausgestaltung des Kreditauftrags im I. Entwurf des BGB. stieß vielseitig auf hartnäckigen Widerspruch. Insbesondere die Ausführungen R o t h e n b e r g s,[3] der diese Fassung scharf angriff, bewogen die gesetzgebenden Faktoren zu nochmaliger Prüfung. Das Ergebnis war, daß schon die II. Kommission in erster Beratung den Standpunkt des I. Entwurfs verließ und R o t h e n b e r g s

1) Vgl. Bendix, der Kreditauftrag, im Archiv f. Bürg. Recht, B. 20, 1901, S. 160 ff., auch Heimann, Diss. a. a. O. S. 3.

2) Vgl. Motive zu dem Entwurf des BGB. f. d. deutsche Reich B. II, Berlin, 1896, S. 682 ff.

3) Im Archiv für die zivil. Pr. B. 77.

Vorschlag mit nur geringen Veränderungen annahm. Mit einer kleinen redaktionellen Änderung fand dann der Kreditauftrag in folgender Fassung Aufnahme im Bürgerlichen Gesetzbuch im § 778:

„Wer einen andern beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge."

Mit dieser Vorschrift, der einzigen, die das Gesetzbuch über den Kreditauftrag aufgenommen hat, hat der Gesetzgeber nicht bezweckt und auch nicht bezwecken können, mit einem Schlage sämtliche Streitfragen des gemeinen Rechts in einer ganz bestimmten Weise zu entscheiden. Das Gesetz hat auch keine Definition des Begriffs „Kreditauftrag" geben wollen, es hat sich vielmehr positiv nur über die Haftung des einen Kreditauftrag erteilenden Auftraggebers geäußert. Der Gesetzgeber scheint daher offenbar, da er eine klare Entscheidung über die rechtliche Natur des Kreditauftrags vermissen läßt, der Wissenschaft die Auslegung der Gesetzesbestimmung anheimgegeben zu haben. Da infolgedessen für das heutige Recht die Streitfragen des gemeinen Rechts in demselben Maße weiter bestehen, ist es ganz erklärlich, daß auch die Hauptfrage, „was ist der Kreditauftrag seinem juristischen Wesen nach?" in der Litteratur nach wie vor in sehr verschiedener Weise beantwortet wird.

Es erscheint demnach angebracht, im folgenden kurz eine kritische Würdigung der in der Litteratur über die rechtliche Natur des Kreditauftrags vertretenen Theorien zu geben.

Als herrschend ist die Ansicht zu bezeichnen, die den § 778 dahin interpretiert, daß, falls jemand einen andern

beauftragt, einem Dritten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu gewähren, diese „Aufforderung“ bis zum Augenblick der Kreditgewährung lediglich den Rechtsregeln des „Auftrags“ unterliegt. Hat dann der Beauftragte auftragsgemäß den Kredit gewährt, so soll für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten der Auftraggeber dem Beauftragten „als Bürge“ haften. Diese sogenannte „Auftrags- oder Mandatstheorie“, die, wie erwähnt, auch schon in der letzten Epoche des gemeinen Rechts als herrschend bezeichnet werden konnte, erblickt demnach in dem Kreditauftrag des § 778 einen wirklichen „Auftrag“ im Sinne der §§ 662 ff. BGB., der eine Kreditgewährung an einen Dritten zum Gegenstande hat, und auf den daher auch die Normen der § 662 ff. BGB. zur Anwendung kommen müssen. Die Mehrzahl der Lehrbücher und Kommentare ist dieser Ansicht.[1]

Als Gegner dieser Mandatstheorie haben sich neuerdings insbesondere Foerster,[2] Eccius[3] und Lippmann[4] geäußert.

Foerster lehnt die Auffassung, der Kreditauftrag sei ein wirklicher Auftrag, entschieden ab. Er führt gegen die herrschende Theorie zunächst an, daß der Kreditauftrag im Gesetze nicht unter den Auftragsvorschriften, sondern im Abschnitte der Bürgschaft stehe. Ferner habe das BGB.

1) Vgl. die ausführliche Litteraturzusammenstellung bei Foerster, der Kreditauftrag, Leipzig. 1903. S. 203 f.; derselben Ansicht sind die monographischen Darstellungen von Bendix im Archiv für Bürg. Recht. B. 20; Weidemann, a. a. O. S. 443, sowie die Mehrzahl der Dissertationen.

2) In seiner oben erwähnten Abhandlung.

3) In Gruchots Beiträgen. B. 46, S. 55 ff.

4) In Iherings Jahrbüchern Bd. 48, S. 315-398.

im § 778 überhaupt keine Definition des Kreditauftrags geben und die Ausdrücke „beauftragt", „Beauftragten" wörtlich verstanden wissen wollen, vielmehr habe es nur eine Beschreibung des tatsächlichen Verhältnisses angestrebt.[1] Dafür, daß die Natur des Kreditauftrags mit dem Wesen des Auftragsbegriffes unvereinbar sei, spreche insbesondere auch folgendes Moment: Beim Auftrag handle es sich um ein Geschäft des Auftraggebers, das der Beauftragte für diesen besorge, der Auftraggeber habe als dominus negotii daher ein selbständiges Interesse an der Ausführung; beim Kreditauftrag dagegen besorge der Beauftragte lediglich ein eigenes Geschäft, bei dem nur sein Interesse in Frage komme. Das Resultat seiner Ausführungen faßt Foerster folgendermaßen zusammen:[2] „Hiernach ist zu konstatieren, daß die gesamten Vorschriften des BGB. über den Auftrag auf den Kreditauftrag vermöge der fundamentalen Verschiedenheit der beiden Institute keine Anwendung finden, also insbesondere nicht die §§ 662 (Klage auf Ausführung des Auftrags), 669 (Vorschußpflicht), 671 (Widerruf, Kündigung), 673 (Tod des Beauftragten)." —

Alle diese Argumentationen Foersters sind jedoch nicht in dem Maße stichhaltig, um von der Auffassung des Kreditauftrags als „Auftrag" im Sinne des Gesetzes abzugehen.

Wenn Foerster[3] meint, daß die Auftragstheorie schon daran scheitern müsse, weil nach ihr „ein gewöhnlicher Auftrag nach §§ 662 ff. sich zur Bürgschaft herauswachsen

---

1) S. 188.
2) S. 194.
3) S. 197.

würde",[1] so ist dies eine Verkennung der Sachlage. Auch nach der erfolgten Kreditgewährung bleibt der Kreditauftrag reiner Auftrag, nur eine Seite, die Haftung des Auftraggebers, unterliegt bezüglich ihrer Art und ihres Umfanges, wenn und insoweit infolge der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten entstanden ist, von diesem Moment an Bürgschaftsgrundsätzen; im übrigen bleibt das Auftragsverhältnis unberührt.

Im einzelnen auf eine kritische Würdigung der Gründe, die Foerster zur Ablehnung der Auftragstheorie bewogen haben, einzugehen, würde zu weit führen. Man hat sich in der Litteratur bereits in eingehender Weise mit Foersters Ausführungen in dieser Hinsicht beschäftigt, hat sie jedoch fast durchweg abgelehnt und die Unhaltbarkeit seiner Darlegungen zu erweisen gesucht.[2]

Nur auf einen Punkt möchte ich noch aufmerksam machen, der insbesondere gegen Foerster entscheiden muß. Die Protokolle der II. Kommission führen zur Begründung des im § 778 ausgedrückten Gedankens auf S. 486 f. folgendes aus: „Der Antrag weiche vom Entwurf darin ab, daß er nicht auf das durch Annahme des Kreditauftrages entstehende Rechtsverhältnis die Bestimmungen der Bürgschaft für anwendbar erkläre, sondern ausspreche, daß der Auftraggeber nach auftragsgemäßer Kreditgewährung dem Kreditgeber für die aus der Kreditgewährung entstandene Verbindlichkeit als Bürge hafte.

---

1) Dies wird auch mehrfach in der Litteratur behauptet, vgl. Enneccerus-Lehmann, B. I § 323, I. S. 763; Neumann, Handausgabe, zu § 778; Matthiaß, § 131, S. 640.

2) Ich verweise insbesondere auf die Dissertationen von Rinck, Erlangen 1905, S. 18 ff.; Haedenkamp, Leipzig 1905, S. 64 ff.; auch Heimann, Rostock 1904, S. 11 ff.; Siller, Leipzig 1904, S. 20 ff.

Vor erfolgter Kreditgewährung sollten somit die Bestimmungen über den Auftrag (inbezug auf Widerruf, Kündigung u. s. w.) Anwendung finden. Diese Abweichung sei zu billigen. Sie entspreche einer für das gemeine Recht verbreiteten Ansicht (z. B. Bruns in v. Holtzendorffs Enzyclopädie, 5. Aufl. I. S. 521; Dernburg, Pand. II. § 277), dem sächsischen GB. § 1476, dem schweiz. Oblig. R. 418 und den kritischen Äußerungen von Bähr, Gegenentwurf § 720, und Rothenberg, Civ. Archiv 77, S. 323 ff."

Aus dieser Ausführung der Kommissionsprotokolle erhellt, was der Gesetzgeber in § 778 des BGB. gewollt hat. Der I. Entwurf hatte einen von der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts abweichenden Standpunkt eingenommen, indem er den Kreditauftrag von der Annahme des Auftrags an als Bürgschaft behandelt wissen wollte, und damit denen folgte, die den Kreditauftrag als eine Unterart der Bürgschaft betrachteten. Die Angriffe, die auf diese Normierung des Kreditauftrags gerichtet wurden, bewirkten, daß die II. Kommission bereits eine völlige Änderung vornahm. Wenn nun die Protokolle, die uns über die Motive des Gesetzgebers Auskunft geben, aussprechen, daß die von der II. Kommission gewählte Fassung des Kreditauftragbegriffes — die Beschlüsse dieser Kommission sind mit einer kleinen unerheblichen Änderung Gesetz geworden — auf Grund von Erwägungen beschlossen sei, die insbesondere Rothenberg gegen den I. Entwurf erhoben habe, daß ferner die jetzige Fassung der schon von Dernburg im gemeinen Recht vertretenen Ansicht entspreche, so läßt sich hieraus der folgende Schluß ziehen: Die von

Rothenberg verteidigte, von Dernburg für das gemeine Recht vertretene Auffassung vom Wesen des Kreditauftrags ist zur gesetzlichen Vorschrift erhoben. Rothenberg erblickt in dem Kreditauftrag bis zur Kreditgewährung ein reines Mandat; erst mit der Ausführung des Auftrags, d. i. nach erfolgter Kreditgewährung, „wachse das Rechtsverhältnis aus dem nunmehr zu eng gewordenen Rahmen des Mandats heraus und nehme einen bürgschaftsähnlichen Charakter an“.[1] Wenn demnach anzunehmen ist, daß der § 778 aus der von Rothenberg vorgeschlagenen Fassung hervorgegangen ist, so erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber das Wesen des Kreditauftrags in derselben Weise wie Rothenberg aufgefaßt wissen will.

Foerster sucht sich mit den seiner Theorie widerstreitenden Ausführungen der Protokolle in der Art abzufinden, daß er es für unzulässig erklärt, einen derartigen ausschlaggebenden Wert auf die Materialien des Gesetzes zu legen. Wenn auch im allgemeinen in seinen Darlegungen ein richtiger Kern steckt, wenn er behauptet,[2] daß die in den Materialien „sanktionierte“ Auffassung dem Geiste des Gesetzes gemäß, aber auch nicht gemäß sein könne, jedenfalls sei auch den Materialien gegenüber freie wissenschaftliche Kritik zulässig, so ist demgegenüber doch zu beachten, daß man über eine so klare Auslassung der Protokolle wie im vorliegenden Falle nicht einfach mit Erwägungen, die in ihrer Allgemeinheit vielleicht richtig sind, deren Zutreffen auf den konkreten Fall jedoch besonderer Beweise bedarf, hinweggleiten darf. Und gerade in diesem Fall steht die Bemerkung der Protokolle durchaus mit der ganzen Entstehungs-

1) a. a. O. S 325.
2) S. 176.

geschichte der Vorschrift in Einklang. — Aus diesen Erwägungen heraus muß man für das BGB. der Mandatstheorie des gemeinen Rechts folgen, die in dem Kreditauftrag zunächst einen reinen Auftrag erblickt.

Ein Gegner ist der Auftragstheorie auch in Eccius[1] erwachsen. Eccius behauptet, daß der Auftrag des § 778 völlig außerhalb des in § 662 gesetzlich begrenzten, den Beauftragten, der den Auftrag annimmt, verpflichtenden Auftragsgeschäfts liege. § 662 handle von einem durch den Auftraggeber übertragenen Geschäfte, d. h. von einem Geschäfte, das an und für sich den Auftraggeber angehe und für ihn durch den Beauftragten ausgeführt werden solle. Dagegen sei die Bitte an einen andern, in seiner eigenen Angelegenheit ein Geschäft abzuschließen, kein auf Verpflichtung des Gebetenen hinzielender Auftrag, auch nicht, wenn die Bitte die Wortform eines Auftrags oder Befehls annehme.

Diese Ausführungen von Eccius sind jedoch nicht als zutreffend anzuerkennen. Gegen ihn hat sich bereits das Reichsgericht ausgesprochen. In einer Entscheidung vom 5. 11. 03 im 56. Bande, S. 130 ff.[2] legt es in eingehender Weise seine Ansicht dar: „Die Ausführungen von Eccius sind nicht überzeugend. Es kann zugegeben werden, daß die Beauftragung im Sinne des § 778 nicht in allen Stücken der aus § 662 sich ergebenden Definition des Auftragsbegriffs entspricht, und es mag sein, daß nicht alle Bestimmungen des von diesem handelnden Titels auf

---

1) In Gruchots Beiträgen. B. 46, S. 55 ff.

2) Abgedruckt auch in Jur. Wochenschr. 1904, 37; DJZtg. 1904, S. 169/170; „Recht" 1904, S. 105, no. 463.

den Kreditauftrag Anwendung finden können. Dagegen kann keineswegs anerkannt werden, daß eine solche Beauftragung schlechthin außerhalb des Rahmens des in § 662 charakterisierten Rechtsgeschäftes falle. Es ist durchaus möglich, und im Verkehrsleben keineswegs selten, daß jemand aus eigenen geschäftlichen oder sonstigen Gründen ein Interesse daran hat, daß ein anderer mit einem Dritten ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder eine Reihe von solchen abschließe, insbesondere mit Kreditgewährung verbundene, und dieses Interesse kann, wie es ihn zur Bürgschaftsleistung, zur Übernahme wechselrechtlicher Verbindlichkeiten durch Gefälligkeitsaccepte oder Giro etc. veranlassen kann, ihn auch dazu bestimmen, seinerseits denjenigen, der das Geschäft mit dem Dritten in eignem Namen und für eigene Rechnung abschließen soll, hierzu vertragsmäßig zu verpflichten. Geschieht dies in der Weise, daß der eine zu dem Abschluß des Geschäfts Auftrag gibt, der andere ihn annimmt, so liegt in der Tat eine Geschäftsübertragung vor; der Beauftragte soll vermöge des Auftrags eine Rechtshandlung vornehmen, die zwar an sich für ihn ein eigenes Geschäft ist, zugleich aber auch für den Auftraggeber in dessen durch den Auftrag begründetem Interesse vorgenommen wird. Hiernach kann die Meinung, daß wegen der Verschiedenheit der beiderseitigen Tatbestände bei dem Kreditauftrag des § 778 ein Auftragsgeschäft im Sinne des § 662 ausgeschlossen erscheint, als zutreffend nicht angesehen werden."

In seinen weiteren Ausführungen bekennt sich das Reichsgericht direkt zu der Auftragstheorie; es sei die Annahme begründet, daß das Gesetz beim Kreditauftrag immer einen von dem einen Teil erteilten, von dem andern Teil

angenommenen Auftrag im Auge habe und erfordere.[1] Das Reichsgericht zieht noch seine Urteile vom 21. Januar 1902[2], sowie vom 27. April 1903[3] heran, in denen es bereits die Rechtsregel ausgesprochen hat, daß für den Kreditauftrag vor allem ein wirklicher rechtsgeschäftlicher Auftrag erforderlich sei. Diese Ansicht sei sowohl nach der Entstehungsgeschichte des § 778 als auch aus dem Grunde, weil nach der in das Gesetz übergegangenen Wortfassung die Auslegung, daß unter der Beauftragung der Abschluß eines Auftragsvertrages (Erteilung und Annahme des Auftrags) gemeint sei, nicht nur als möglich, sondern auch als die nächstliegende erscheine, als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzusehen.[4]

Fassen wir das gewonnene Resultat zusammen: Soll auf einen konkreten Tatbestand die Vorschrift des § 778 BGB. Anwendung finden, so muß ein Auftrag, einem Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu ge-

1) So auch Entscheidung des OLG. Marienwerder von 28/10 1905, abgedr. in der Posener Jur. Monatsschr. 1906, S. 6.

2) In seinen Entscheidungen B. 50, S. 160 f.

3) Abgedr. im Sächs. Archiv B. 14, S. 59 ff.

4) Erwähnt möge hier noch werden das mit dem reichsgerichtlichen Urteil im Resultat übereinstimmende Urteil des OLG. Dresden in dem Sächs. Archiv 15, 219 ff., (vgl. auch im „Recht", 1905, S. 369, no. 1659), das in bemerkenswerter Weise ausführt, daß zum Wesen des Kreditauftrags ein gültiges Auftragsverhältnis gehöre, das dem Auftraggeber gegen seinen Mitkontrahenten einen erzwingbaren Anspruch auf Kreditgewährung an den Dritten verleihe und den Beauftragten hierzu andererseits rechtlich verpflichte. Komme es dann in Ausführung des übernommenen Auftrages zur Kreditgewährung, so verstehe es sich schließlich von selbst, daß der Auftraggeber seinem Vertragsgenossen für die nachteiligen Folgen einzustehen habe. Dagegen liege kein Kreditauftrag vor, sofern der erteilte Auftrag nicht angenommen sei, der Beauftragte sich vielmehr trotz der Garantiezusage des Auftraggebers die Entscheidung darüber, ob Kredit zu geben sei, nach seinem Ermessen vorbehalten habe.

währen, erteilt sein, und dieser Auftrag muß von dem Beauftragten angenommen sein; jener muß sich dem Auftraggeber zur Kreditgewährung rechtswirksam haben verpflichten wollen. Wird dann Kredit gewährt, und entsteht hieraus eine Verbindlichkeit des Kreditnehmers, so tritt die Rechtsfolge des § 778 ein. Bis zur Kreditgewährung finden auf das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten die Bestimmungen über den Auftrag entsprechende Anwendung.

Hieraus erhellt schon, daß nicht alle Auftragsnormen auf den Kreditauftrag vor erfolgter Kreditgewährung schlechthin Anwendung zu finden haben. Sie sollen nur „entsprechend“ angewandt werden. Der Kreditauftrag hat gegenüber dem gewöhnlichen Auftrag manche Besonderheiten; er ist eben nicht mandatum, sondern ein mandatum qualificatum. Daher kommen auf ihn die Mandatsnormen nur insoweit zur Anwendung, als dies nicht seinen besonderen Zwecken widerspricht.

Zunächst ist die Frage streitig geworden, ob ein Kreditauftrag auch dann noch anzunehmen ist, d. h. ob der § 778 auf einen Tatbestand auch dann noch anwendbar ist, wenn der Beauftragte sich trotz der im § 662 BGB. als wesentliches Moment eines Auftrags aufgestellten Unentgeltlichkeit für die Gewährung des Kredits von dem Mandanten eine besondere Vergütung hat versprechen lassen.

Die herrschende Meinung hat sich dahin ausgesprochen, daß der Tatbestand des § 778 sowohl den Fall des unentgeltlichen als den Fall des entgeltlichen Kreditauftrags decke.[1]

---

1) So insbesondere Weidemann a. a. O. S. 454; Haedenkamp, S. 82 f.; Schollmeyer S. 170; Crome S. 892; Staudinger, zu § 778, 2 b, S. 730; auch nach Dernburg, B. II, 2, § 291 I ist „Auftrag“

Gegen die herrschende Meinung hat sich Bendix[1] erklärt. Er sagt: „Wird dem mit der Krediterteilung Beauftragten eine Provision von seinem Auftraggeber zugesagt, so kann § 778 unmittelbare Anwendung nicht finden.“ Ihm zur Seite steht noch Heimann, der insbesondere gegen Weidemanns Ausführungen eingehend polemisiert.[2]

Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen. Die Vorschrift des § 778 kann nur dann Platz greifen, wenn ein nach den § 662 ff. gültiger, somit unentgeltlicher Auftrag erteilt und angenommen ist. In der Aufforderung, einem Dritten gegen Entgelt Kredit zu geben, kann niemals ein Kreditauftrag im Sinne des § 778 liegen. Die Unentgeltlichkeit ist ein dem Auftragsbegriff so wesentliches Merkmal, daß bei seinem Fehlen ein „Auftrag“ entfallen muß. Wenn andererseits die Rechtsfolge des § 778 dem Willen der Parteien entsprechen sollte, d. h., wenn eine Haftung des Auftraggebers Vertragsabsicht wäre, so müßte neben diesem Vertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, eine besondere Abrede getroffen werden, die, da in der Regel Bürgschaftseffekt beabsichtigt ist, auch den vom Gesetz für die Bürgschaft aufgestellten Erfordernissen zu entsprechen hätte. Wenn Weidemann[3] meint, daß es un-

---

hier im weiteren Sinne genommen, nicht in dem engen Sinne des 10. Titels § 662 ff., wonach er sich nur auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung bezieht. Ähnlich spricht sich auch Oertmann aus, (zu § 778), daß, wenn dem Kreditgeber, wie häufig, für die Kreditgewährung eine Provision versprochen sei, gar kein Auftrag im engeren technischen Sinne vorliege, wohl aber ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675, (entgeltlicher Auftrag, so Lenel), auf den die meisten Auftragsregeln anwendbar seien.

1) S. 162.

2) Vgl. S. 13—22 a. a. O.

3) S. 453.

möglich der Wille des Gesetzgebers sein könne, daß ein Geschäft, das, wenn es unentgeltlich ausgeführt werde, der Norm des § 778 unterworfen sei, dieser einschneidenden Regelung völlig entzogen sein und seine eigenen Wege gehen solle, sobald das äußerliche Moment eines Entgelts hinzukomme, so sagt dies nichts gegen die hier vertretene Ansicht. Gegen Weidemann kann man mit Recht einwenden,[1] daß es im Recht des BGB. keineswegs etwas Seltenes ist, wenn das Gesetz ein Rechtsverhältnis, sobald „das äußerliche Moment eines Entgelts“ hinzukommt, in durchaus verschiedener Weise behandelt. Ich verweise auf die Leihe, die sich von der Miete nur durch ihre Unentgeltlichkeit abhebt, auf die Haftung des Verwahrers, die beim Hinzutreten eines Entgelts für die Verwahrung sich erheblich verstärkt, u. a. m. Ist demnach auf die Aufforderung jemandes hin, einem Dritten gegen Entgelt Kredit zugeben, die Kreditgewährung erfolgt, so ist die Frage, ob und inwieweit eine Haftung des Auffordernden für die Rückzahlung des gegebenen Darlehns gegenüber dem Kreditgeber besteht, nach den zwischen den Parteien getroffenen Abreden und in Ermangelung dieser nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

Als unvereinbar mit der Natur des Kreditauftrags sind die Auftragsnormen anzusehen, die auf das persönliche Vertrauensverhältnis, das zwischen Auftraggeber und Beauftragtem besteht, gegründet sind. Insbesondere kann § 664 BGB., der bestimmt, daß der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen darf, auf den Kreditauftrag keine Anwendung finden.

---

1) Vgl. Heimann S. 15.

Denn während bei Erteilung eines Auftrags der Natur des Auftrags zufolge der Auftraggeber ein Interesse daran haben wird, daß gerade dieser Beauftragte den Auftrag ausführt, wird dem Kreditmandanten vor allem nur daran liegen, daß Kredit gewährt wird, gleichgültig, wer ihn gewährt. Es muß daher dem Kreditmandatar im Zweifel gestattet sein, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen.[1]

§ 673 bestimmt, daß der Auftrag im Zweifel durch den Tod des Beauftragten erlischt. Ist diese Norm auf den Kreditauftrag anwendbar? Der Grundgedanke des § 673 ist derselbe wie der des § 664; der Auftraggeber will den Auftrag in der Regel nur von diesem bestimmten Beauftragten ausgeführt wissen, bei dessen Tod soll der Auftrag im Zweifel erlöschen. Die Vorschrift paßt daher auch nicht auf den Kreditauftrag, vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, daß der Kreditauftrag durch den Tod des um die Kreditgewährung Ersuchten nicht erlischt.[2]

Eine Vorschußpflicht, wie sie § 669 für den Auftraggeber statuiert, ist für den Kreditmandanten zu verneinen; ebenso entfällt für den Kreditauftrag die Bestimmung des § 667 über die Verpflichtung des Beauftragten, das aus

---

1) Übereinstimmend Endemann § 190, Anm. 8; RG. E. B. 56, S. 130 ff.; Rinck, S. 40. Anderer Ansicht ist Staudinger, S. 729. Weidemann, S. 465, will die Auslegungsregel des § 664 nur mit Vorsicht angewandt wissen, während Lippmann, S. 394, den § 664 auf den KrA. überhaupt für unanwendbar hält.

2) Übereinstimmend Weidemann, S. 465; Dernburg, § 291 II; Endemann, § 190, Anm. 8, S. 1191; Lippmann, S. 353; Jaeckel, S. 32; Rinck, S. 40; Haedenkamp, S. 86. Anderer Ansicht sind Staudinger, S. 729, 2 a γ; Crome, § 299, Anm. 19; Cosack, S. 521; Lichtlen, S. 174; Eccius, S. 62; Enneccerus-Lehmann, B. I, § 323 I, S. 763.

der Geschäftsführung Erlangte an den Auftraggeber herauszugeben.[1]

Diese Erörterungen mögen genügen, um zu zeigen, daß eine Reihe von Mandatsnormen aus inneren Gründen auf den Kreditauftrag nicht passen. Hierdurch wird aber in keiner Weise die Auftragsnatur des Kreditauftrags aufgehoben; sind doch auch die meisten der angeführten Bestimmungen dispositiven Charakters, und daher keine wesentlichen Merkmale eines „Auftrags", so daß ihre Anwendung durch entgegenstehende Vereinbarungen der Parteien ausgeschlossen werden kann, ohne daß deshalb das Rechtsgeschäft seinen rechtlichen Charakter als „Auftrag" verlieren müßte.

Eccius, der diese Theorie, die in dem Tatbestand des § 778 einen wirklichen Auftrag im Sinne der § 662 ff erblickt, nicht billigt, setzt an ihre Stelle eine andere Konstruktion. Nach ihm[2] enthält der Auftrag des § 778 nur eine einseitige, bis zu dem Augenblick, in dem eine Bindung zwischen Gläubiger und Schuldner entstanden ist, jederzeit widerrufliche Ermächtigung, mit der Wirkung der Begründung der Haftung des Auftraggebers als Bürgen, einen Kredit in eigener Sache zu gewähren. Zur Aufstellung dieser „Ermächtigungstheorie" ist Eccius auf Grund einer Vergleichung des Kreditauftrages mit der Verbürgung für eine künftige Schuld gelangt. Bei beiden sei in dieser Hinsicht die Rechtslage die gleiche. Durch die Erklärung jemandes, für die künftige Verbindlichkeit eines dritten die Bürgschaft

1) Übereinstimmend fast die gesamte Litteratur; es erübrigen hierüber weitere Ausführungen, ich verweise auf die überzeugenden Darlegungen von Weidemann, S. 465/7.

2) S. 61 a. a. O.

übernehmen zu wollen, werde weder auf seiten des Gläubigers, dem das Bürgschaftsversprechen gegeben sei, noch auf seiten des zukünftigen Bürgen eine Verpflichtung begründet. Der Gläubiger sei nicht verpflichtet, die Forderung gegen den Hauptschuldner zur Existenz zu bringen, da deren Begründung von seinem freien Willen abhängig bleibe. Er habe nur kraft der Bürgschaftserklärung die Macht, sie zum Nachteil des Bürgen mit der Wirkung ins Leben zu rufen, daß damit auch die Bürgschaftsverbindlichkeit entstehe. Ebensowenig aber wie derjenige, dem gegenüber das Bürgschaftsversprechen abgegeben sei, sei auch derjenige, der die Bürgschaftsübernahme für eine künftige Schuld erklärt habe, durch irgendwelche Verpflichtung gebunden; ihm stehe das Recht zu, bis zur Entstehung eines verpflichtenden Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner die durch die Bürgschaftserklärung erteilte Ermächtigung frei zu widerrufen; denn jede bloße Ermächtigung unterliege begriffsmäßig der Widerrufsmöglichkeit.

Genau dieselbe Rechtslage wie bei der Bürgschaft für eine zukünftige Forderung, deren Begründung dem freien Willen der Parteien überlassen bliebe, ergebe sich nun bei dem Kreditauftrag. Auch hier enthalte der einem Kapitalisten erteilte Auftrag, einem Dritten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu gewähren, lediglich eine Ermächtigung des Kapitalisten, die ihn zur Kreditgewährung zunächst in keiner Weise verpflichte; die Gewährung hänge von seinem freien Willen ab. Ebenso sei die Ermächtigung von seiten des Ermächtigenden bis zur vollzogenen Kreditgewährung jederzeit frei widerruflich.

Auf Grund dieser Erwägungen kommt Eccius zu dem Schlusse, daß zwischen Verbürgung für eine künftige

Schuld und Kreditmandat ein Unterschied nicht bestehe, daß sie als wesensgleiche Rechtsgeschäfte zu identifizieren seien.

Dieser Gleichstellung der beiden Rechtsinstitute, — ein Standpunkt, der auch von Lippmann[1] vertreten wird —, muß durchaus widersprochen werden. Wenn auch in der Tat Kreditauftrag und Bürgschaft wirtschaftlich oft dieselben oder ähnliche Zwecke erstreben, so bestehen doch rechtlich zwischen ihnen durchgreifende Unterschiede, daß ihre Auseinanderhaltung geboten ist. Zunächst spricht gegen die Gleichstellung des Kreditauftrags mit der Bürgschaft die Entstehungsgeschichte des § 778. Der I. Entwurf eines BGB. hatte bekanntlich in seinem § 680 den Kreditauftrag seiner Rechtswirkung nach vollständig mit der Kreditbürgschaft indentifiziert. Diese Fassung wurde von der II. Kommission ihres ausschließlichen Bürgschaftscharakters wegen abgelehnt und dahin abgeändert, daß erst nach Ausführung des Auftrags, d. h. erst von der Kreditgewährung an, auf die Haftung des Auftraggebers Bürgschaftsnormen anwendbar sein sollten. Hieraus muß als Wille des Gesetzgebers entnommen werden, daß eine Gleichstellung der beiden Rechtsinstitute von ihm vermieden werden sollte.

Aber auch die Beweisführung von Eccius ruht auf sehr schwachen Stützen. Seine Ansicht, daß derjenige, der sich für eine Schuld verbürgt, deren Begründung von dem freien Willen des künftigen Gläubigers abhängt, berechtigt sein soll, seine Bürgschaftserklärung bis zur Entstehung eines Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner zu widerrufen, ist als verfehlt zu erachten. Wenn es auch

1) a. a. O. S. 315 ff.; er versucht in ausführlicher Begründung darzulegen, daß zwischen den beiden Rechtsgeschäften weder formell noch materiell ein Unterschied bestehe.

richtig ist, daß bei Übernahme einer Bürgschaft für die künftige Schuld eines dritten es grundsätzlich in der Hand des künftigen Gläubigers liegt, die Hauptforderung und hiermit auch die Bürgschaftsschuld zur Entstehung zu bringen, ihm also bis dahin noch keinerlei Verpflichtung obliegt, so ist deshalb noch keineswegs demjenigen, der das Bürgschaftsversprechen abgegeben hat, ein freies Widerrufsrecht bis zum Augenblick der Entstehung der Hauptschuld zuzugestehen. Die Unrichtigkeit der Ansicht von Eccius folgt schon direkt aus dem Gesetze. Unzweifelhaft ist, daß der Bürge, der sich für eine bestehende Schuld verbürgt hat, kein Widerrufsrecht hat, daß vielmehr mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine unbedingte Gebundenheit für ihn eintritt. Das BGB. stellt in § 765 die Bürgschaft für eine bestehende Schuld der Verbürgung für eine künftige Verbindlichkeit völlig gleich; demnach tritt auch in dem letzten Falle bereits mit der Annahme der Bürgschaftserklärung durch den künftigen Gläubiger, nicht erst mit der Entstehung der zukünftigen Schuld, die Gebundenheit des Bürgen ein. Schon diesem Argument allein würde die Theorie von Eccius nicht standhalten können.

Es ist Eccius und insbesondere auch Lippmann[1] zuzugeben, daß es bei der Mannigfaltigkeit des Verkehrs und bei dem oft unzureichend zu erkennenden Willen der Parteien in vielen Fällen äußerst schwierig sein kann, da beide Institute wirtschaftlich ähnliche Zwecke verfolgen, zu entscheiden, ob Bürgschaft oder Kreditauftrag von den Parteien gewollt ist; dies insbesondere, wenn die Schuld, für die die Haftung übernommen worden war, zur Zeit

---

1) a. a. O. S 326.

der Erklärung dieses Willens noch nicht zur Entstehung gelangt war. Besonders schwierig ist die Abgrenzung des Kreditauftrags von der Kreditbürgschaft,[1] einer Form der Verbürgung für eine künftige Schuld, die den Zweck hat, dem Hauptschuldner einen Kredit beim Gläubiger zu eröffnen. Allein alles dieses rechtfertigt nicht eine Gleichstellung der beiden selbständig neben einander stehenden Rechtsinstitute. Der Richter hat vielmehr in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage zu entscheiden, welcher Vertrag den Intentionen der Parteien entspricht. Es bestehen mancherlei wohl zu beachtende Unterscheidungsmerkmale.

Gerade der Umstand, auf den Eccius Gewicht legt, daß beim Kreditauftrag der Auftraggeber berechtigt ist, bis zum Momente der Kreditgewährung den erteilten Auftrag frei zu widerrufen, der Beauftragte ihn jederzeit kündigen darf, — wenn auch das Recht des letzteren dadurch eingeschränkt ist, daß die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen darf —, bildet ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal des Kreditauftrags von der Bürgschaft. Wenn der Kreditauftrag bis zur Kreditgewährung reiner Auftrag ist, — und dies trifft zu sowohl nach der Auffassung der II. Kommission als nach der Ansicht des Reichsgerichts —, so ist auf ihn auch der § 671 BGB., der dem Auftraggeber freies Widerrufsrecht, dem Beauftragten freies Kündigungsrecht bis zur Ausführung des Auftrags gewährt, anwendbar. Dieses dem Auftragsbegriff wesentliche Widerrufsrecht fehlt nun bei der Bürgschaft. Der Bürge ist mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages gebunden, er kann sich nicht mehr von

1) Vgl. deren Begriffsbestimmung bei Goldmann-Lilienthal. B. I, S. 823, Anm. 4.

den Folgen seiner Handlung freimachen, er ist dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, und muß diesen gegebenenfalls schadlos halten.

Auch das Reichsgericht steht auf diesem Standpunkt. Es hat in einer Entscheidung vom 31. Januar 1902 [1] den Rechtssatz ausgesprochen, daß der zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft bestehende materielle Unterschied sich besonders in der Unwiderruflichkeit der letzteren, in der Möglichkeit des Widerrufs und der Kündigung bis zur Kreditgewährung bei dem ersteren zeige. In gleicher Weise hat das OLG. Marienwerder in zwei Entscheidungen vom 21/4 1903 [2] und vom 15/1 1904, [3] die Grenze zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft nach dem Vorhandensein oder Fehlen der Widerruflichkeit gezogen.

Dieses Widerrufsrecht des Auftraggebers ist wie für den Auftrag, so auch für den Kreditauftrag ein so charakteristisches Merkmal, daß ohne dieses ein Auftrag im Sinne des Gesetzes ausgeschlossen ist. Ist doch sogar nach der zutreffenden Ansicht der herrschenden Lehre [4] ein Verzicht des Auftrag-

---

1) Abgedruckt in seinen Entscheidungen B. 50, S. 160 ff.; vgl. auch Seufferts Archiv, B. 58, S. 57, no. 31; DIZtg. 1902, no. 7, S. 168.

2) Veröffentlicht in der „Rechtsprechung des OLG." B. 8, S. 84.

3) Vgl Rechtsprechung B. 9, S. 13, sowie auch Seufferts Archiv B. 59, no. 255, S. 445; Posener Jur. Monatsschr. 1904, S. 35/6.

4) Vgl. Staudinger, a. a. O. zu § 671 no. 6a, S. 537/8, sowie die dort aufgeführte Litteratur. Rothenberg, a. a. O. S. 326, spricht sich gleichfalls für die Unzulässigkeit eines Verzichtes auf den Widerruf aus. Schollmeyer, a. a. O. S. 124, hält dagegen den Verzicht für möglich, während Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 296 I, 3, S. 703, die Frage nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden will.

gebers auf sein Recht zum Widerruf nicht rechtswirksam, da ein solcher dem Begriffe des Auftrags widerspricht.

Nach dem das Gesetz beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit ist ohne Zweifel der Abschluß eines Vertrages möglich, durch den der A den B „beauftragt", dem C Kredit zu gewähren, B sich dem A gegenüber hierzu vorbehaltlos verpflichtet, während A die Verpflichtung übernimmt, für die Verbindlichkeit des C als Bürge zu haften. Sowohl A als B haben sich zu einer unbedingten Leistung verpflichtet. Ein Kreditauftrag im Sinne des § 778 liegt hier nun nicht vor, da ein Kreditauftrag unter Widerrufsverzicht als solcher ungültig ist. Gültig ist der geschilderte Vertrag ohne Zweifel, sollte er nicht besonderen Vorschriften des Gesetzes zuwiderlaufen. Ist die Schriftform beobachtet, so könnte in dem Vertrage vielleicht eine Verbürgung für eine zukünftige Forderung gesehen werden. Ist er formlos geschlossen, so mag möglicherweise ein im Gesetz nicht besonders normierter Vertrag eigener Art vorliegen, der nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sein würde. Aus dem Gebiet des Auftrags aber scheiden die Fälle aus, in denen dem Auftraggeber ein Widerrufsrecht nach dem Vertrage nicht zusteht.

Dem Kreditmandatar steht in gleicher Weise bis zur Kreditgewährung gemäß § 671 BGB. ein freies Kündigungsrecht zu. Auf dieses Recht kann er jedoch rechtsgültig verzichten, ohne daß die rechtliche Natur des Vertrages eine Änderung erfährt. Es sind auch auf ihn die Bestimmungen des Abs. 2 und 3 des § 671 BGB. entsprechend anwendbar. Wird jedoch in dem Vertrage jegliche Verpflichtung des Beauftragten aufgehoben, so liegt ein Kreditauftrag im Sinne des Gesetzes nicht vor.

Ein weiterer Unterschied zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft liegt darin, daß der Kreditauftrag zu seiner Gültigkeit nicht der in § 766 BGB. für die Bürgschaft vorgeschriebenen Form bedarf. In gleicher Weise wie bei der kumulativen Schuldübernahme ist auch beim Kreditauftrag in der Litteratur die Frage, ob die Formvorschrift des § 766 analog auf den Kreditauftrag anwendbar sei, vielfach ventiliert. Das Reichsgericht hat sich in der bereits citierten Entscheidung in B. 50, S. 160 ff. für die Verneinung der Frage ausgesprochen. Seine Begründung geht dahin, daß, da nach § 778 auf den Kreditauftrag vor der Kreditgewährung die Vorschriften über den Auftrag, und nicht über die Bürgschast Anwendung zu finden hätten, die Formvorschrift des § 766 über die Eingehung der Bürgschaft sich nicht auf den Abschluß des Kreditauftrags beziehen könne. Der Auftrag sei an keine Form gebunden. Es reiche ferner infolge des zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft bestehenden materiellen Unterchsiedes die zwischen beiden Verträgen in wirtschaftlicher Hinsicht bestehende Ähnlichkeit nicht aus, um anzunehmen, daß die für den einen Vertrag vorgeschriebene Form auch für den anderen Geltung haben müsse; dies umsoweniger, als das BGB. über ähnliche Rechtsinstitute, z. B. Interzessionen, Garantieverträge, solche Bestimmungen nicht getroffen habe und als Regel den Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge vertrete.

Außer diesen vom Reichsgericht hervorgehobenen Erwägungen spricht ferner gegen die Anwendung des § 766 auf den Kreditauftrag auch die ganze Entstehungsgeschichte des § 766. Die Reichstagskommission, deren Beschlüssen gemäß die Formvorschrift des § 766 bekanntlich erst in das aufgenommen worden ist, hat bei seiner Beratung

den Kreditauftrag völlig außer Spiel gelassen, seiner überhaupt nicht gedacht. Schon hieraus ist ein Indiz gegen die Erstreckung des § 766 auf den Kreditauftrag zu entnehmen. Überdies ist in § 766 die schriftliche Form nur zur Gültigkeit des „Bürgschaftsvertrages“ vorgeschrieben, es paßt daher diese Bestimmung schon dem Wortlaut nach nicht auf den Kreditauftrag.

In zutreffender Weise macht noch Rinck[1] zur Begründung der Unanwendbarkeit des § 766 auf den Kreditauftrag auf folgendes aufmerksam: Während das BGB. für die Bürgschaftserklärung Schriftlichkeit vorgeschrieben habe, um der leichtfertigen Übernahme von Bürgschaften im Verkehr vorzubeugen, sei für den Kreditauftrag eine solche Vorbeugung nicht erforderlich; der Kreditmandant habe hier, was den Abschluß der Hauptverbindlichkeit betreffe, nicht die nebensächliche Stellung eines Bürgen, er sei vielmehr gerade der, der das Zustandekommen des Kreditgeschäfts betreibe. Er könne als betreibender Teil meistens leichter die Folgen seiner Handlungsweise vorhersehen als der Bürge. Der Auftraggeber brauche daher bei Erteilung des Kreditauftrags durch das Erfordernis der Schriftform nicht noch „zu größerer Aufmerksamkeit angespornt zu werden.“

Gegen die Anwendbarkeit des § 766 auf den Kreditauftrag sprechen auch folgende Erwägungen, die zutreffend Eck-Leonhard[2] zur Sprache bringt. Er sagt, daß, wenn ein Gläubiger durch den Kreditauftrag überhaupt erst dazu veranlaßt worden sei, das Wagnis des Hauptschuldvertrages auf sich zu nehmen, es härter erscheine, ihn unter dem

1) S. 32/33.
2) a. a. O. § 96, S. 574. Note 1.

Mangel der Schriftform des sichernden Versprechens leiden zu lassen, als wenn dieses letztere nur zu einer bereits bestehenden Schuld hinzutrete. Die überwiegende Meinung der Litteratur geht auch dahin, daß der Kreditauftrag nicht der Beobachtung irgendwelcher Form bedürfe, und daß er daher auch nicht der Vorschrift des § 766 unterworfen sei.[1] Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Lippmann, der ja überhaupt einen Unterschied zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft nicht anerkennt, und daher auch folgerecht zur Übertragung der Formvorschrift des § 766 auf den Kreditauftrag gelangt. Zu dem gleichen Resultat müßte mit logischer Konsequenz auch Eccius auf Grund seiner Indentifizierung von Verbürgung für eine künftige Schuld mit dem Kreditmandat kommen; er zieht jedoch diese Folgerung nicht, da er die Schriftform für den Kreditauftrag für entbehrlich hält. Seine Theorie leidet daher noch an dieser weiteren Inkonsequenz.

Ein dem Kreditauftrag des § 778 eigentümlicher bedeutungsvoller Umstand, der diesen von der Bürgschaft aufs schärfste abhebt, ist weiter darin zu erblicken, daß dem Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber eine Diligenzpflicht obliegt. Nach dem Recht der Bürgschaft im BGB. ist eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nicht vorhanden. Man könnte vielleicht aus den §§ 776, 777 BGB. eine solche konstruiren wollen. Doch mit Unrecht. Diese Paragraphen enthalten besondere Beendigungsgründe der Bürgschaft. Sie sind aus dem Grundsatz hervorgegangen, daß der Gläubiger nach Treu und Glauben die Rechtslage des Bürgen nicht willkürlich verschlechtern darf.

1) Vgl. die bei Staudinger, zu § 778, 2 a. a. S 729 zahlreich aufgeführte Litteratur.

Tut er dies dadurch, daß er eine besondere für seine Forderung bestehende Sicherung aufgibt, so soll nach § 776 der Bürge insoweit frei werden, als er aus dem aufgegebenen Rechte gemäß der Vorschrift des § 774 hätte Ersatz erlangen können. Ebenso tritt nach § 777 unter gewissen Umständen eine Befreiung des Bürgen ein. In diesen Bestimmungen ist jedoch nur eine singuläre Vorschrift zu erblicken. Es ist damit nicht der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß der Bürge stets frei wird, wenn es der Nachlässigkeit des Gläubigers zuzuschreiben ist, daß er vom Hauptschuldner nicht befriedigt wird. Über diese Vorschrift hinaus, die nicht extensiv interpretiert werden darf, ist dem Gläubiger eine Diligenzpflicht gegenüber dem Bürgen nicht aufzuerlegen. Auf diesem Standpunkt stehen auch die Motive [1], die eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen durchaus verneinen, neben anderen Gründen auch deshalb, weil der Wert der Bürgschaft durch die Aufstellung einer solchen Pflicht erheblich herabgedrückt werden würde. Für diese Verneinung spricht auch ferner der Umstand, daß die Bürgschaft als einseitiger Vertrag nur eine streng einseitige Verpflichtung erzeugt; der Gläubiger erlangt durch die Bürgschaft, und dasselbe muß auch für die Kreditbürgschaft gelten, an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen. Mangels besonderen Rechtsgrundes ist er dem Bürgen in keiner Weise zu irgendwelchen Leistungen, in deren Beschaffung er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu prästieren hätte, verpflichtet. [2] Völlig schutzlos ist jedoch der Bürge in dieser Beziehung keineswegs. Abgesehen davon, daß, wenn durch passives Verhalten des Gläubigers die Rechtslage des Bürgen gefährdet

1) S. 678 ff.
2) So auch „Rechtsprechung der OLG." B. 12, S. 98.

erscheint, es dem Bürgen freisteht, sich der ihm vom Gesetz in den §§ 774, 775 BGB. gewährten Mittel zu bedienen und dadurch seine Lage günstiger zu gestalten, gilt auch für den Bürgschaftsvertrag der für das gesamte Recht aufgestellte Grundsatz der §§ 157, 242 BGB., daß in keinem Rechtsverhältnis gegen Treu und Glauben im Verkehr verstoßen werden darf.

Völlig anders liegt die Sachlage beim Kreditauftrag des § 778. Man hat in der jüngsten Litteratur mehrfach behauptet, daß für den Beauftragten beim Kreditauftrag eine Diligenzpflicht nicht bestehe. Auf diesem Standpunkt stehen Foerster und Lippmann. Die herrschende Lehre vertritt jedoch den Standpunkt, daß gerade in dem Vorhandensein einer Diligenzpflicht des Kreditmandatars beim Kreditauftrag ein bedeutsamer Unterschied von der Bürgschaft liege.[1]

Worin zeigt sich nun die Diligenzpflicht des Kreditmandatars, und wie ist ihr Vorhandensein zu erklären? Nach Weidemann begleitet die Diligenzpflicht die Beziehungen der beiden Vertragsparteien vom Vertragsschluß an durch alle Phasen des Verhältnisses bis zu ihrer endgültigen Lösung. Er unterscheidet zwischen der Pflicht zur diligentia in contrahendo und in exigendo der Hauptschuld. Die Diligenzpflicht des Beauftragten in contrahendo erklärt sich ohne weiteres aus dem Wesen des Kreditauftrags als Auftrag. Der Beauftragte hat bei Ausführung des Auftrags nach allgemeinen Grundsätzen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten; es liegt kein

---

1) Vgl. insbesondere Weidemann, S. 471 ff.; Bendix a. a. O. S. 164 f.; Rothenberg, a. a. O. S. 338; Unger in Iherings Jahrb. B. 33, S. 303.

Grund vor, den Kreditmandatar von der Beobachtung dieser Sorgfalt zu befreien. Diesem liegt insbesondere ob, bei Abschluß der Darlehnsvertrages mit dem Dritten, sowie bei Hingabe der Darlehnsvaluta die nötige Sorgfalt aufzuwenden. Die Kreditgewährung darf nur unter Berücksichtigung aller Vorsichtsmaßregeln, wie sie bei ordnungsmäßig geführten Geldgeschäften üblich sind, erfolgen. Läßt er diese außer Acht, so kann er seines Anspruchs gegen den Auftraggeber verlustig gehen. Er muß insbesondere für die nötigen Beweise sorgen, vor allem auch dafür, daß ihm ein genügender Schuldschein ausgehändigt wird.[1]

Lippmann[2] wendet gegen diese Verpflichtung des Kreditmandatars ein, daß jener damit, daß er für die nötigen Beweise der Schuld Sorge trage, zunächst und hauptsächlich für sein eigenes Interesse sorge. — Sicherlich liegt es, darin ist Lippmann beizustimmen, im eigenen Interesse des Kreditmandatars, wenn er dafür sorgt, daß ihm sein Anspruch gegen den Kreditnehmer und damit auch gegen den Auftraggeber, der ihm für dessen Schuld als Bürge haftet, nicht dadurch gefährdet wird, daß er keine genügenden Beweise für die Hingabe des Dahrlehns in Händen hat. Aber nehmen wir den Fall, daß der als Bürge in Anspruch genommene Auftraggeber seine Verpflichtung zur Deckung aus dem Grunde bestreitet, weil der Mandatar ihm nicht ausreichende urkundliche Beweise für die Begründung der Verpflichtung des Kreditnehmers vorzulegen vermag, er nunmehr in einen Prozeß verwickelt wird, in dem er unterliegt, weil es dem Mandatar trotzdem gelingt, die

1) Vgl. Weidemann, a. a. O. S. 473.
2) a. a. O. S. 397.

rechtswirksame Begründung einer Verpflichtung des Dritten zu beweisen, und ihm hierdurch große Kosten erwachsen, hat hierdurch nicht der Mandatar nicht nur sich selbst gegenüber, sondern vor allem gegenüber dem Mandanten eine Pflicht verletzt, zu deren sorgfältiger Beobachtung er jenem verpflichtet war? Sicherlich ist der Mandatar dem Auftraggeber wegen Außerachtlassung der diligentia in contrahendo ersatzpflichtig geworden.

Worin im einzelnen Falle die Diligenzpflicht des Mandatars bestehen wird, wird sich schwerlich im Voraus in allgemeiner Fassung feststellen lassen; es wird in der Regel quaestio facti sein, wie weit eine solche Pflicht anzuerkennen ist. Daß sie bis zur Kreditgewährung verlangt werden muß, geht daraus hervor, daß bis zu diesem Zeitpunkt der Kreditauftrag reiner „Auftrag" ist. Aber man muß noch weiter gehen, man muß eine Diligenzpflicht während der ganzen Dauer des Kreditgeschäfts bis zu seiner endgültigen Lösung, bis zur Beitreibung der durch die Kreditgewährung begründeten Forderung vom Schuldner verlangen. Hier kann man von einer Diligenzpflicht in exigendo sprechen. Man könnte der Meinung sein, daß diese Pflicht des Beauftragten, noch nach der erfolgten Kreditgewährung dem Auftraggeber gegenüber die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu prästieren, nicht aus dem Mandatscharakter des Kreditauftrags folgen könne, da doch nur bis zur Kreditgewährung auf den Kreditauftrag die Normen des reinen Auftragsrechts anwendbar sein sollten, nach der Gewährung jedoch die Regeln der Bürgschaft zur Anwendung zu kommen hätten.

Dem ist jedoch keineswegs so. Der Kreditauftrag verwandelt sich, wie bereits hervorgehoben ist, mit dem

Augenblick der Kreditgewährung nicht in eine Bürgschaft, er wechselt nicht seinen Grundcharakter, vielmehr bleibt er auch nach der Kreditgewährung Auftrag, nur die Haftung des Auftraggebers wird zu der eines Bürgen. Das Bestehen einer Diligenzpflicht für den Beauftragten nach erfolgter Kreditgewährung erklärt sich demnach zwanglos aus dem Mandatscharakter des Kreditauftrags. Wir brauchen nicht Zuflucht zu nehmen zu einer Konstruktion, wie sie Weidemann[1] aufstellt, der den Grund der Diligenzpflicht des Mandatars in exigendo darin erblickt, daß jener, da er in gleicher Weise wie der Gläubiger des Schadlosbürgen gegen den Auftraggeber nur einen Anspruch auf das habe, quanto minus a debitore consequi posset, dann, wenn er infolge seiner Nachlässigkeit vom Dritten nicht das Seinige erhalte, selbst den Eintritt der Bedingung der Haftung des Mandanten schuldhaft herbeigeführt habe und sich nun nicht auf diesen Eintritt berufen könne.

Die diligentia in exigendo des Beauftragten ist nicht vor allem darin zu erblicken, daß jener besondere Sorgfalt bei der Wiedereinziehung der Forderung vom Schuldner anzuwenden verpflichtet ist, einen Umstand, den Lippmann[2] als für den Kreditauftrag keineswegs immer zutreffend oder doch als für ihn unerheblich erachtet, vielmehr kann man nur insoweit von einer Diligenzpflicht bei Wiedereinziehung der Forderung reden, als der Beauftragte die Forderung nicht durch seine Nachlässigkeit entwerten darf; er darf nicht schuldhaft die Ausklagung des Kreditnehmers, sowie eine Zwangsvollstreckung gegen diesen so lange verzögern, bis jener zahlungsunfähig geworden

---

1) Vgl. S. 472 a. a. O.
2) a. a. O. S. 360—362.

ist, will er nicht seinen Anspruch gegen den Auftraggeber gänzlich einbüßen. Der Beauftragte ist verpflichtet, im Interesse des Auftraggebers alles das zu tun, was jener, wäre er noch in der Lage, in das Rechtsverhältnis einzugreifen, in seinem Interesse tun würde; insbesondere ist er in dem Falle, wo ihm nicht nur der Auftrag zur einmaligen Kreditgewährung an einen bestimmten Dritten erteilt ist, wo er sich vielmehr dem Auftraggeber zur Eröffnung eines dauernden Kredits verpflichtet hat und bereits den Anfang mit der Krediteröffnung gemacht hat, verpflichtet, in analoger Anwendung des im § 610 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes beim Vorliegen seiner Voraussetzungen die dem Mandanten zustehenden Rechte in dessen Interesse zu wahren.[1]

Man hat vielfach, insbesondere auch Rothenberg,[2] auf folgenden Umstand als einen bedeutungsvollen Unterschied des Kreditauftrags von der Kreditbürgschaft besonderes Gewicht gelegt: Beim Kreditauftrag geschehe das Kreditieren auf Veranlassung des Auftraggebers, dieser sei es, der den Abschluß des Kreditgeschäfts betreibe, während es für die Kreditbürgschaft ganz unerheblich sei, ob der Bürge den Anlaß zur Kreditgewährung gegeben habe, da er an dem Zustandekommen der Hauptverbindlichkeit unmittelbar nicht beteiligt sei. Diesen Unterschied will Lippmann[3] nicht gelten lassen, er hält dieses Moment für die rechtliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses für völlig unerheblich, da im Handelsverkehr der Fall sehr oft vorkomme, daß gerade der Beauftragte, vielfach auch ein Dritter,

1) Vgl. Weidemann, S. 474.
2) S. 327 ff.
3) S. 322.

der zukünftige Schuldner, die erste, äußerliche Veranlassung zur Erteilung eines Kreditauftrags gebe.

Diesen Satz möchte ich in seiner Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten. Mag es auch richtig sein, daß vielfach im Verkehr erst durch die Vermittlung eines andern in dem „Auftraggeber“ der Wille zur Erteilung eines Kreditauftrags hervorgerufen wird, daß also nicht er die treibende Kraft für den Abschluß des Kreditgeschäfts ist, so ist es trotzdem nicht gerechtfertigt, wenn im konkreten Fall sich Zweifel wegen der rechtlichen Beurteilung des Falles, ob Kreditauftrag oder Kreditbürgschaft vorliege, erheben, dem Umstande keine Bedeutung beimessen zu wollen, daß in dem Kapitalisten der Entschluß zur Kreditierung an den Dritten erst durch die Erteilung des Auftrags zur Kreditgewährung hervorgerufen wird. Vielmehr wird beim „Fehlen einer kausalen Beziehung zum vollzogenen Kreditgeschäft“ [1] eine gewisse Vermutung für das Vorliegen einer Bürgschaft gegeben sein.

Ein Unterschied zwischen den beiden Rechtsgeschäften ergibt sich auch aus den verschiedenen Zwecken, denen beide in erster Linie dienen. Die Bürgschaft bezweckt in erster Linie die Sicherstellung des Gläubigers wegen seiner Forderung gegen den Dritten, die Absicht des Bürgen, eine Verpflichtung zur Schadloshaltung des Gläubigers einzugehen, liegt klar zu Tage; beim Kreditauftrag dagegen liegt die Absicht der Sicherstellung des Gläubigers dem Auftraggeber an sich völlig fern, seine Absicht geht vorerst nicht auf Übernahme der dem Gläubiger durch die nachfolgende Kreditgewährung entstehenden Gefahr, er will vor allem dem Dritten helfen, ihm Kredit vermitteln, will durch

1) Vgl. Weidemann, S. 455.

die Erteilung des Auftrags eine Verpflichtung des Beauftragten zur Gewährung von Kredit hervorrufen. Aus dieser Erwägung heraus nimmt Rothenberg[1] mit Recht an, daß der Kreditauftrag im Gegensatz zur Bürgschaft den Willen des Kreditmandanten, als Garant für den Dritten aufzutreten, keineswegs zur notwendigen Voraussetzung habe. Zur Begründung dieses Satzes zieht er den Tatbestand des Rates heran; zwischen Rat und Empfehlung zum Kreditieren einerseits und der Kreditbürgschaft andererseits halte der Kreditauftrag die Mitte; denn im Falle des Rates fehle es gänzlich an dem Willen des Erklärenden, Garantie für den Dritten zu übernehmen; im Falle der Kreditbürgschaft sei dieser Wille stets vorhanden.

Foerster[2] steht auf einem der Ansicht von Rothenberg entgegengesetzten Standpunkt. Nach ihm muß der Haftungswille beim Auftraggeber bei Abschluß des Kreditauftrags unbedingt vorhanden sein, soll nicht das Vorliegen eines rechtsgültigen Kreditauftrags überhaupt vereint werden. Gerade dieses Moment unterscheide den Kreditauftrag von dem Rate, durch den eine Verbindlichkeit des Ratgebers an sich nicht hervorgerufen werde. „Gerade der Ausdruck des Haftungswillens gibt das einzige Kriterium, ob Rat oder Kreditauftrag, d. h. ob ein dem geselligen Verkehr angehöriges Geschäft oder ein der Rechtswelt zugehörendes Rechtsgeschäft vorliegt.“[3] Aus den entgegengesetzten Folgen, daß durch die Ausführung des Kreditauftrags eine Haftung des Auftraggebers hervorgerufen werde, durch die Befolgung eines Rates der Ratgeber nicht verpflichtet werde, obwohl

1) S. 328.
2) a. a. O. S. 180 ff.
3) a. a. O. S. 181.

bei beiden äußerlich der gleiche Tatbestand vorliege, da bei beiden zu einer Tätigkeit aufgefordert werde, zieht Foerster nun die Schlußfolgerung, daß der zur Kreditgewährung nach § 778 Auffordernde deshalb hafte, weil er sich für die Folgen seiner Aufforderung verbindlich machen wolle, während der Ratgeber deshalb nicht hafte, weil er sich *nicht* verbindlich machen wolle.

Betrachten wir das Wesen, die rechtliche Natur des Rates und der Empfehlung. Wer einen Rat erteilt, auf Aufforderung des Ratnehmers oder unaufgefordert, bezweckt keineswegs damit, daß jener nun auch verpflichtet sei, dem Rate gemäß zu handeln; er will jenen nur beeinflussen, ihm vielleicht mit seiner Sachkenntnis einen Dienst erweisen. Der Beratene soll selbstständig prüfen, wieviel Wert er dem Rate des andern beimessen darf. Aus diesem Grunde, weil auf seiten des Beratenen keinerlei Verpflichtung zur Befolgung des erteilten Rates begründet wird, hat das Gesetz im § 676 bestimmt, daß, wer einem andern einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, an sich zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet ist. Demgemäß ist es nicht zutreffend, den Ausschluß der Haftung des Ratgebers damit zu begründen, weil jener sich durch seine Ratserteilung nicht verbindlich machen *wolle*, vielmehr beruht die Nichthaftung lediglich darauf, daß der Ratgeber keinerlei Anspruch auf Befolgung des erteilten Rates gegen den Ratnehmer hat. Anders liegt die Sachlage bei dem Kreditauftrag. Die Bürgenhaftung des zur Kreditgewährung Auffordernden ist nicht daraus zu folgern, daß jener für die Folgen seiner Aufforderung haftbar werden will; vielmehr hat das Gesetz im § 778 im Gegensatz zu § 676 eine

Haftung normiert, weil der Beauftragte durch Annahme des Auftrags verpflichtet wird, dem Auftrage gemäß zu handeln, und der Auftraggeber gegen jenen einen klagbaren Anspruch auf Ausführung erhält. Der Haftungswille tritt beim Kreditauftrag in der Regel sehr zurück, zumal auch § 778 die besondere Übernahme des Risikos nicht erfordert.[1] Nicht deshalb erteilt jemand einem andern einen Kreditauftrag, um sich diesem gegenüber zu verpflichten, um dessen spätere Forderung sicherzustellen, nein, er will einem Dritten Kredit verschaffen, will jenem durch den ihm selbst zur Verfügung stehenden Kredit die Wege ebnen; die auf Grund des ausgeführten Kreditauftrags entstehende Haftung beruht auf dem Gesetze. Deshalb ist auch im gegebenen Fall trotz des Fehlens des Haftungswillens des Kreditauftraggebers, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, das Vorliegen eines die Haftung des Mandanten begründenden Kreditauftrags zu bejahen. Wir kommen demnach zu demselben Schlusse wie Rothenberg, daß der Wille des Kreditauftraggebers, Garant zu sein, keineswegs eine notwendige Voraussetzung des Kreditauftrags des § 778 bildet.

Auf Grund des gewonnenen Resultats liegt der oben erwähnte Unterschied des Kreditauftrags von der Bürgschaft klar zu Tage. Wird eine Bürgschaft übernommen, mag sie für eine bereits bestehende oder künftige Schuld eingegangen sein, so geht offenbar in erster Linie der Wille des Bürgen auf Sicherstellung des Gläubigers, auf dessen Schadloshaltung. Es ist Rothenberg darin zuzustimmen, daß der Kreditauftrag zwischen den beiden Extremen, dem Rat und der Empfehlung zum Kreditieren einerseits und der Bürgschaft andererseits, die Mitte halte.

1) So Bendix, a. a. O. S. 161.

Einer teilweise verschiedenen rechtlichen Behandlung unterliegt die Haftung des Kreditauftraggebers und die des Bürgen in dem Falle, wenn trotz erfolgter tatsächlicher Kreditgewährung von seiten des Gläubigers im einzelnen Falle eine rechtswirksame Verbindlichkeit des Dritten aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht entstanden ist. Wenn beispielsweise jemand eine Bürgschaft für die Verbindlichkeit eines Dritten übernommen hat, und es sich dann herausstellt, daß die Hauptschuld entweder aus einem in der Person des Schuldners liegenden Grunde oder aus objektiven Gründen nichtig ist, eine Forderung des Gläubigers also, die gesichert werden soll, im Rechtssinne überhaupt nicht vorhanden ist, so ist in jedem Falle auch die Bürgschaftsschuld nichtig, denn diese hat nach dem Gesetz streng accessorischen Charakter. Eine Haftung des Bürgen für eine nichtige Verbindlichkeit ist rechtlich unmöglich. — Betrachten wir nun den Fall, daß auf Grund eines Kreditauftrags eine Kreditgewährung auftragsgemäß erfolgt ist, trotzdem aber eine Verbindlichkeit des Dritten nicht entstanden ist. Das Nichtentstehen einer Verbindlichkeit des Kreditnehmers kann auf verschiedenen Ursachen beruhen: einmal darauf, daß der Kreditauftrag gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieß. Hier ist der Kreditauftrag in gleicher Weise nichtig wie eine Bürgschaft; es besteht auch hier keine Haftung des Kreditauftraggebers. Anders ist jedoch der Fall zu behandeln, wenn eine Verbindlichkeit des Dritten aus in seiner Person liegenden Gründen nicht entstanden ist. Dies kann vorliegen, wenn der Dritte geschäftsunfähig ist (die Fälle des § 104 BGB.) oder beschränkt geschäftsfähig ist und ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelt. Wie steht es in diesem Falle mit der

aus § 778 resultierenden Haftung des Auftraggebers?

Der Auftraggeber soll „für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten" dem Beauftragten als Bürge haften. Aus der Fassung des Gesetzes geht nun zweifellos hervor, daß in dem Fall, wo aus der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Kreditnehmers nicht entstanden ist, jedwede Haftung des Auftraggebers „als Bürge" entfallen muß, daß also hier von einer Anwendung der Folgen des § 778 keine Rede sein kann. Soll aber deshalb eine Haftung des zur Kreditgewährung Auffordernden völlig entfallen? Das BGB. bestimmt hierüber nichts. Rothenberg[1] hatte für diesen Fall die Einfügung folgender besonderen Bestimmung vorgeschlagen: „Soweit durch die Gewährung des Kredits eine Verbindlichkeit des Dritten nicht entsteht, bleiben dem Kreditgeber seine Rechte aus dem Auftrage gegen den Auftraggeber vorbehalten." Die II. Kommission und das BGB. haben den Rothenbergschen Zusatz nicht angenommen.

Es bedarf in der Tat auch nicht einer solchen besonderen Vorschrift, da die richtige Lösung sich bereits aus der Fassung des § 778 ergibt.[2] Wir haben bereits früher gesehen, daß der Kreditauftrag seiner rechtlichen Natur nach reiner Auftrag ist, daß bis zur Kreditgewährung die Regeln des Auftrags auf ihn Anwendung zu finden haben, daß erst mit dem Augenblick, in dem aus der Kreditgewährung eine Verbindlichkeit des Dritten entstanden ist, die Haftung des Auftraggebers zu einer Bürgenhaftung wird. Wenn das

---

1) S. 342.
2) So auch Unger, in Iherings Jahrb. B. 33, S. 305.

Gesetz sagt, daß der Auftraggeber unter gewissen Voraussetzungen als Bürge haftet, so ist damit noch nicht der Schluß gerechtfertigt, daß, wenn eine der Voraussetzungen für den Eintritt der Bürgenhaftung entfällt, überhaupt keine Haftung des Auftraggebers übrig bleibt.[1] Durch die Kreditgewährung ändert sich der rechtliche Charakter des Kreditauftrags nicht, er bleibt Auftrag, nur die Haftung des Mandanten wird qualifiziert. Kann nun diese qualifizierte Haftung des Auftraggebers deshalb, weil eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Kreditnehmers aus in seiner Person liegenden Gründen nicht entstanden ist, nicht zur Entstehung kommen, so kommt der Kreditauftrag nicht über das Stadium eines nicht ausgeführten Auftrags hinaus, sodaß auch die Haftung des Auftraggebers für die Aufwendungen und Auslagen des Beauftragten eine Haftung nach Mandatsgrundsätzen bleibt. Das Nichtentstehen einer Verbindlichkeit des Kreditsuchenden aus Gründen, die einzig in seiner Person liegen, hat im Regelfalle auf das ganze Rechtsverhältnis nur den Einfluß, daß die an sich aus § 670 BGB. sich bestimmmende Haftung des Auftraggebers nicht durch die sich aus § 778 BGB. ergebende Haftung qualifiziert wird, daß das mandatum nicht ein mandatum qualificatum wird.

Einen andern Standpunkt nimmt Lippmann[2] ein. Seiner Ansicht nach unterliegt der Fall, wo trotz der tatsächlichen Kreditgewährung im einzelnen Fall eine Verbindlichkeit des Dritten aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht entsteht, beim Kreditauftrag keiner andern rechtlichen Beurteilung als bei der Bürgschaft. Er kommt zum Re-

1) Vgl. Foerster, S. 199.
2) Vgl. a. a. O. S. 368 ff.

sultat, daß auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Kreditnehmers ein Kreditauftrag in gleicher Weise nichtig sei, wie die Bürgschaft, wenn der Hauptschuldner geschäftsunfähig sei; etwaige Schadensersatzansprüche seien in beiden Fällen nach den gleichen allgemeinen Grundsätzen zu regeln.

Lippmann argumentiert folgendermaßen: Das BGB. habe mit Recht eine dem Rothenbergschen Vorschlage entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen. Denn wie die Bürgschaft in dem erwähnten Falle nichtig sei, müsse auch der Auftrag, einem Geschäftsunfähigen zu kreditieren, nichtig sein; denn solcher Auftrag betreffe eine unmögliche Leistung des Beauftragten, da dieser die Geschäftsunfähigkeit des Dritten niemals beseitigen könne. Insbesondere wolle beim Kreditauftrag der Auftraggeber nur dann für die Schuld einstehen, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit des Kreditnehmers herausstelle; der Kreditauftrag sei nicht nur Auftrag, einfach an den Dritten zu zahlen, er gehe vor allem auch dahin, den Kreditnehmer durch die Zahlung zur Rückzahlung des Erhaltenen, eventuell im Wege Rechtens, zu verpflichten. Daher stehe dem Beauftragten eben so wenig, wie der Auftraggeber einen Anspruch auf Ausführung eines solchen Auftrages habe, eine actio mandati contraria zu. Ihm bleibe lediglich ein eventueller Schadensersatzanspruch aus § 307 BGB., ein Anspruch, der gerade aus der Nichtigkeit des Geschäfts entspringe.

Lippmanns Beweisführung deckt zunächst nicht den Fall, wenn die Geschäftsunfähigkeit desjenigen, dem Kredit gewährt werden soll, erst nach der Erteilung und Annahme des Kreditauftrags eintritt, wenn also zwischen

der Annahme und der Ausführung des Auftrags zur Kreditgewährung der Dritte geschäftsunfähig wird. Hier ist doch sicherlich, auch wenn man sich auf den Standpunkt von Lippmann stellt, der erteilte Auftrag nicht nichtig, er betrifft keine unmögliche Leistung des Beauftragten, seine Ausführung ist im Moment der Annahme rechtlich durchaus möglich. Wenn nun nach Erteilung und Annahme des rechtsgültigen Auftrags die Kreditgewährung auftragsgemäß erfolgt ist, soll deshalb, weil eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Kreditnehmers wegen seiner inzwischen eingetretenen Geschäftsunfähigkeit nicht entstanden ist, — den guten Glauben der beiden Kontrahenten immer vorausgesetzt —, der Anspruch des Beauftragten gegen den Auftraggeber auf Ersatz der Auslagen entfallen? Es liegt kein Grund vor, dem Beauftragten hier die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber zu versagen.

Aber auch Lippmanns sonstigen Ausführungen kann nicht beigestimmt werden. Betrachten wir zunächst den Fall, von dem Lippmann ausgeht, daß ein Kreditauftrag erteilt und auch ausgeführt ist, daß aber eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Dritten aus der Kreditgewährung nicht entstanden ist, weil der Dritte bereits bei Erteilung des Kreditauftrags geschäftsunfähig war. Ich gehe zunächst immer von der den Regelfall bildenden Voraussetzung aus, daß beide Kontrahenten, Auftraggeber wie Beauftragter, von der Geschäftsunfähigkeit dessen, dem auftragsgemäß Kredit gewährt werden sollte, keine Kenntnis hatten, und daß ihre Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Betrifft nun in der Tat ein derartiger Auftrag, wie Lippmann behauptet, eine unmögliche Leistung des Beauftragten, und ist aus diesem Grunde gemäß § 306 BGB. nichtig?

Der Kreditauftraggeber bezweckt mit der Erteilung eines Auftrages zur Kreditgewährung in erster Linie, einem Dritten Kredit zu vermitteln. Diesen Zweck erreicht er dadurch, daß er die Gefahr der Kreditgewährung dem Beauftragten gegenüber übernimmt. Seine Erklärung an den Geldgeber: Gewähre dem Dritten Kredit, ich stehe in diesem Falle für die Gefahr der Kreditgewährung ein, bedeutet regelmäßig, daß er auch dann, wenn das Kreditum nur tatsächlich in das Vermögen des Dritten gelangt ist, dieser aber rechtlich aus in seiner Person liegenden Gründen nicht zur Rückzahlung verpflichtet wird, dafür einstehen wolle, daß der Geldgeber aus der Kreditgewährung keinen Vermögensnachteil erleide. Liegt doch dem Auftraggeber vor allem daran, dem Dritten tatsächlich Geldmittel flüssig zu machen. Demgemäß kann es für den Begriff des Kreditauftrags nicht wesentlich sein, daß der Kreditnehmer auch rechtswirksam zur Rückzahlung des Kreditierten verpflichtet wird. Es kann daher auch keine Rede davon sein, daß ein Kreditauftrag dann, wenn sich nach der erfolgten Kreditgewährung herausstellt, daß der Kreditnehmer geschäftsunfähig war und demnach rechtlich nicht zur Rückzahlung verpflichtet worden ist, eine unmögliche Leistung des Beauftragten betroffen hat und demnach nichtig ist.

Lippmann will statt der actio mandati contraria dem Beauftragten eventuell einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 307 BGB., der aus der Nichtigkeit des Geschäfts nach allgemeinen Grundsätzen sich herleite, geben. Und zwar sei quaestio facti, wann ein solcher Anspruch gegeben sei.

Von dem eben behandelten Regelfalle abgesehen, wo beide Kontrahenten die Verpflichtungsunfähigkeit des Kredit-

suchenden nicht kannten oder kennen mußten, -- in diesem Falle hat der Beauftragte stets die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber —, wird es, und darin ist Lippmann beizustimmen, Tatfrage sein, ob überhaupt eine Haftung des Auftraggebers, dann aber auch eine solche aus Mandatsgrundsätzen, konstruierbar ist.

Die in der Litteratur herrschende Meinung stellt die allgemeine Rechtsregel auf, daß dem Beauftragten in dem Falle, wo eine Verbindlichkeit des Dritten wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nicht zur Entstehung gelangt ist, gegen den Auftraggeber stets die actio mandati contraria zustehe.[1] Auch Eccius[2] will trotz seiner abweichenden Konstruktion wenn eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Dritten nicht entstanden ist, dem Beauftragten die actio mandati contraria gegen den Auftraggeber zugestehen, weil er sonst keinen Rechtsgrund sieht, auf Grund dessen der Beauftragte Ersatz seiner etwaigen Auslagen verlangen könnte.

Dieser Ansicht kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden; es ist vielmehr Frage des konkreten Falles, ob die Haftung des Auftraggebers aus dem erteilten Auftrage entfällt oder nicht.[3] Betrachten wir nun die einzelnen Möglichkeiten. Ausscheiden muß der Fall, wo der Auftraggeber ausdrücklich seinen Willen dahin erklärt hat, nur dann überhaupt haften zu wollen, wenn eine rechtswirksame Schuld des Kreditnehmers entstehen würde. Hier ist beim Nichtentstehen einer Verbindlichkeit des Dritten natürlicherweise von

---

1) Vgl. die bei Staudinger, a. a. O. zu § 778 Note 4, S. 730, zahlreich aufgeführte Literatur; so auch Dernburg, BR. B. II, 2 § 291; Rothenberg, a. a. O. S. 341.

2) a. a. O. S. 63.

3) Ebenso Planck, zu § 778.

einer etwaigen Haftung des Auftraggebers keine Rede. Liegt der Fall so, daß der Auftraggeber bei Erteilung des Kreditauftrags von der Verpflichtungsunfähigkeit des Kreditsuchenden Kenntnis hatte, oder doch bei gehöriger Sorgfalt hätte Kenntnis von dieser Tatsache haben müssen, so haftet er dem Beauftragten gemäß § 670 BGB. aus dem Auftrage, der auch in diesem Falle keineswegs eine unmögliche Leistung des Beauftragten betrifft; denn eine tatsächliche Gewährung von Kredit an einen Geschäftsunfähigen kann sehr wohl erfolgen, und ein Auftrag hierzu ist nicht nichtig. § 307 Abs. 1 Satz 1 trifft demnach auf diesen Fall nicht zu. Die Haftung des Auftraggebers aus dem erteilten Auftrage entspricht hier auch ganz der Billigkeit Wenn jener die Geschäftsunfähigkeit des Kreditsuchenden kennt und trotzdem einen Auftrag zur Kreditgewährung erteilt, so hat er den Schaden, der ihn trifft, selbst verschuldet, denn er hat von vornherein damit rechnen müssen, daß eine rechtswirksame Verbindlichkeit des Kreditnehmers nicht entstehen könne, und es entspricht nur der Billigkeit, ihn die Folgen seiner Handlungsweise selbst tragen zu lassen.

Nicht anders ist zu entscheiden, wenn nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der Beauftragte bei Ausführung des Kreditauftrags von der Geschäftsunfähigkeit des Kreditnehmers wußte. Auch hier ist eine Haftung des Auftraggebers gegeben, er hat mit vollem Bewußtsein davon, daß aus der Kreditgewährung keine gültige Verbindlichkeit des kreditsuchenden Dritten hervorgehen werde, den Auftrag hierzu erteilt und damit die Gefahr der Kreditgewährung übernommen. Daß auch der Beauftragte von diesem Umstand wußte, kann keine Bedeutung haben, schon deshalb nicht, weil regelmäßig nicht er, sondern der Auftraggeber

es war, der die Veranlassung zur Kreditgewährung gegeben hatte.

Anders dagegen liegt die Sachlage, wenn der Auftraggeber die Verpflichtungsunfähigkeit des Dritten nicht kannte und auch nicht kennen mußte, der Beauftragte dagegen trotz der Kenntnis von der Geschäftsunfähigkeit des Dritten in Ausführung des Auftrags diesem den Kredit gewährt hat. Hier entfällt jegliche Haftung des Auftraggebers. Der Beauftragte handelt auf eigene Gefahr, wenn er in vollem Bewußtsein dieses Umstandes, ohne den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, kreditierte; er hat die ihm obliegende Pflicht zur diligentia in contrahendo dem Beauftragten gegenüber schuldhaft verletzt und muß deshalb jeglichen Anspruch aus dem Auftrag gegen den Auftraggeber verlieren. — Demnach ist die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß in dem Falle, wenn aus der auftragsgemäß erfolgten Kreditgewährung an einen Dritten eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Kreditnehmers aus in dessen Person liegenden Gründen nicht entstanden ist, grundsätzlich eine Haftung des Auftraggebers aus dem Auftrage gemäß § 670 BGB. resultiert, daß aber diese Haftung unter gewissen Umständen nach Lage des Falles entfallen kann.

Diese Ausführungen dürften zur Genüge gezeigt haben, daß zwischen der Haftung des Bürgen und der des Auftraggebers beim Kreditauftrag bei Ungültigkeit der Hauptschuld ein erheblicher Unterschied besteht.

Eine kurze Betrachtung möge noch der Frage gewidmet werden, in welcher Weise die Haftung des Kreditauftraggebers durch die Vorschrift des § 778 modifiziert wird, wenn aus der Kreditgewährung eine rechtsgültige Verbindlichkeit des Kreditnehmers entstanden ist Der Auftraggeber

soll nach Ausführung des Kreditauftrags „als Bürge" haften. Aber auch nur seine Haftung für die aus der Kreditgewährung entstandene Verbindlichkeit des Dritten soll Bürgschaftsgrundsätzen unterliegen, die rechtliche Natur des Kreditauftrags erfährt hierdurch in keiner Weise eine Änderung. Hiermit ist gesagt, daß der Auftraggeber nicht nur die Pflichten, sondern auch die Rechte eines Bürgen hat.[1] Denn wenn er als Bürge haften soll, ist es ein Gebot der Billigkeit, ihn aller Rechtswohltaten teilhaftig werden zu lassen, die das Gesetz dem Bürgen zu Gute kommen läßt. Als wesentliche Momente des Bürgschaftsbegriffes haben wir Accessorietät und Subsidiarität kennen gelernt. Beide müssen daher auch dem als Bürgen haftenden Auftraggeber zu Gute kommen. Gemäß § 767 BGB. ist für die Verpflichtung des Kreditauftraggebers der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Ihm steht nach § 771 die Einrede der Vorausklage in gleichem Umfang wie dem Bürgen zu, soweit sie nicht durch die Bestimmungen des Handelsrechts gemäß den §§ 349, 343, 351 des HGB. eingeschränkt wird. Der Kreditauftraggeber kann in gleicher Weise wie ein Bürge die dem Hauptschuldner nach § 768 zustehenden Einreden geltend machen, mögen sie peremtorisch oder dilatorisch sein, er kann sich auf Verjährung, Tilgung, Minderung der Hauptschuld berufen, hat gemäß § 770 ein Verweigerungsrecht wegen Anfechtbarkeit oder Aufrechnungsfähigkeit der Hauptschuld, kurzum, es kommen auf ihn alle Vorschriften über die Bürgschaft zur Anwendung, die sich als eine Erleichterung der Stellung des Bürgen, als eine Einschränkung seiner Haftung charakterisieren.

---

1) So auch Dernburg, BR. B. II, 2. § 291 II b.

Diese Sätze sind in der Litteratur ziemlich allgemein anerkannt. Bestritten ist, ob auch § 774 auf den Kreditauftrag entsprech ende Anwendung finden könne. § 774 bestimmt, daß, soweit, der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn übergehen soll. Ist es nun zutreffend, daß der Auftraggeber beim Kreditauftrag dadurch, daß er den Beauftragten wegen dessen Forderung gegen den Kreditnehmer befriedigt, ipso iure die Forderung des Beauftragten in analoger Anwendung des § 774 erwirbt? Die Mehrzahl der Schriftsteller, wie Dernburg, Crome, Oertmann, Weidemann u. a. bejahen die Frage, während Cosack,[1] Haedenkamp[2] die Anwendung des § 774 auf den Kreditauftrag ausschließen.

M. E. ist die Versagung des dem Bürgen in § 774 zugestandenen Rechtes für den Kreditauftraggeber, der als Bürge haftet, nicht gerechtfertigt. Hätte der Auftraggeber die Rechtswohltat des § 774 nicht, so würde er schlechter als ein Bürge dastehen, schärfer als ein solcher haften, während er doch nur in demselben Maße verhaftet sein soll. Da dem Auftraggeber auch die Rechte eines Bürgen zustehen sollen, entspricht es der Billigkeit, ihm auch die Berechtigung des § 774 zu gewähren.

Auch über die Anwendbarkeit des § 775 auf den Kreditauftrag herrscht Uneinigkeit. Man wird sich für die Unanwendbarkeit dieser Vorschrift entscheiden müssen. § 775 gewährt dem Bürgen unter besonderen Umständen gegenüber dem Hauptschuldner das Recht, von diesem Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen; er regelt Beziehungen zwischen

---

1) a. a. O. S. 590, § 159, I, Anm. 2 a.
2) a. a. O. S. 94 f.

Bürgen und Hauptschuldner. Da nach § 778 Bürgschaftsrecht nur für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem gelten soll, kommt die Bestimmung des § 775 für den Kreditauftrag nicht in Betracht. Auch die Vorschrift des § 776 ist nicht auf die Haftung des Kreditauftraggebers anwendbar. § 776 normiert in gewissem Umfange eine beschränkte Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Die Diligenzpflicht, die sich beim Kreditauftrag für den Beauftragten aus dem Auftragsverhältnis ergibt, ist jedoch viel weitergehend als die des § 776, so daß diese Vorschrift für den Kreditauftrag bedeutungslos ist.

III. Abschnitt.

Neben den bisher behandelten Rechtsgeschäften kennt der Rechtsverkehr noch einen weiteren Vertragstypus, der seinem wirtschaftlichen Zwecke und seiner Wirkung nach der Bürgschaft und dem Kreditauftrag nahe kommt, und in ähnlicher Weise Sicherung jemandes für die Hingabe von Geldmitteln dadurch erreicht, daß ein Dritter die Schadloshaltung des Gebers verspricht. Dies ist der Garantievertrag. Das BGB. behandelt den allgemeinen Begriff des Garantievertrags nicht besonders, und zwar aus dem Grunde, weil die Verträge, die eine Garantieleistung zum Zweck und Inhalt haben, sehr verschiedenartig sein können.[1] Es kennt ihn jedoch offenbar, da er manchen seiner Bestimmungen zu Grunde liegt. Seine Gültigkeit unterliegt schon nach dem das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz

1) Vgl. Motive II, S. 658.

der Vertragsfreiheit keinem Zweifel. Der Garantievertrag ist nun nicht ein in sich geschlossener Begriff, vielmehr ist er gleichsam ein Sammelbegriff für eine Reihe einander ähnlicher Tatbestände, die in gleicher Weise Sicherung des Garantieempfängers für eine von ihm auszuführende Handlung bezwecken; der Versprechende übernimmt regelmäßig die Gefahr, die für einen andern aus einem Vorfall oder der Vornahme eines Rechtsgeschäfts erwachsen kann. Stammler[1] definiert den Garantievertrag als einen Vertrag, durch den jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines andern aus irgendwelchem tatsächlichen Interesse dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit dieser verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmäßig übernimmt.

Um die zwischen dem Garantievertrag und ähnlichen Verträgen bestehenden rechtlichen Untschiede richtig würdigen zu können, ist es erforderlich, nochmals auf die Ausführungen von Foerster in seiner Abhandlung über den Kreditauftrag zurückzukommen. Es ist schon darauf hingewiesen, daß Foerster den Kreditauftrag weder als Bürgschaft behandelt noch in ihm einen „Auftrag" gesehen wissen will. Vielmehr vertritt er, wie bereits Windscheid im gemeinen Recht, die Auffassung des Kreditauftrags als eines reinen Garantievertrags, der als besonderer Vertragstypus unter seine eigene Kathegorie zu stellen sei und daher weder mit der Bürgschaft noch auch mit dem Auftrag innerlich etwas zu tun habe. Der Kreditauftrag sei in Wahrheit lediglich ein formloses Garantieversprechen, durch dessen

1) In seiner ausgezeichneten ausführlichen Abhandlung über den Garantievertrag in Archiv f. d. zivilist. Praxis B. 69, S. 1—141.

Annahme ein Vertrag entstehe, in dem der Kreditmandant dem Kreditmandatar und zwar in der Absicht, ihn zu sichern, zusage, ihm den Schaden, den er etwa infolge der Kreditgewährung an einen bestimmten Dritten erleiden sollte, zu ersetzen.[1] Das Garantieversprechen sei der juristische Kern des Kreditauftrags, die Aufforderung zur Kreditgewährung sei rechtlich bedeutungslos.

Foersters Theorie erweist sich als unhaltbar. Zunächst verkennt er den Zweck, den der Kreditmandant mit der Erteilung eines Kreditauftrags verfolgt, den Zweck des Kreditauftrags als Kreditvermittlungsgeschäft. Nicht in der Absicht, ihn zu sichern, verspricht der Kreditaufgeber dem Kreditmandatar Schadloshaltung, wenn jener einem bestimmten Dritten Kredit gewähre, vielmehr beabsichtigt er einzig und allein, dem Dritten Kredit zu vermitteln, ihn durch Einsetzen seines eigenen Kredits kreditwürdig erscheinen zu lassen. Wenn auch das Gesetz dem Auftraggeber für ein Eingreifen eine subsidiäre Verpflichtung zur Schadloshaltung des Kreditgebers auferlegt, und damit tatsächlich eine Sicherung der Forderung des Kreditgebers bewirkt wird, so liegt doch der Eintritt dieses Erfolgs außerhalb der eigentlichen Absicht des Auftraggebers, und ist nur eine gesetzliche Folge seines Tuns.

Nach Foerster enthält ferner der Vertrag, der durch die Annahme des Garantieversprechens seitens des Garantieempfängers entsteht, das Versprechen des Garanten, gegebenenfalls Schadensersatz zu leisten; dieser schuldet nicht die Leistung des Kreditnehmers, der Inhalt seiner Verpflichtung ist nicht identisch mit der des Dritten, vielmehr ist er zur

---

1) S. 117 f.; auch S. 196 a. a. O.

Leistung von Schadensersatz als solchem verpflichtet. Wie verhalten sich diese Ausführungen Foersters zu der positiven Gesetzesbestimmung des § 778 BGB.? Damit, daß der Kreditauftraggeber als Bürge haften soll, ist gesagt, daß für dessen Verpflichtung der bürgschaftliche Grundsatz der Accessorietät zur Anwendung gelangt. Der Inhalt der Verpflichtung des Auftraggebers deckt sich also mit dem des Dritten und besteht nicht in der selbständigen Leistung von Schadensersatz.

Foersters Auffassung des Kreditauftrags als Garantievertrag scheitert aber schließlich — und dies ist ein wichtiger Punkt — daran, daß nach dem Begriff des reinen Garantievertrags nur eine einseitige Verpflichtung durch die Annahme des Garantieversprechens zur Entstehung gebracht wird, daß einzig der Garantierende unter bestimmten Voraussetzungen zur Einlösung seines erteilten Versprechens, zur Schadloshaltung des Garantieempfängers, verpflichtet wird, während es dem Garantiempfänger völlig freisteht, Kredit zu gewähren oder nicht; dieser ist an sich in keiner Weise dem Garanten gegenüber zur Kreditierung an den Dritten verbunden.

Ganz anders jedoch beim Kreditauftrag. Der Nichtgebundenheit des Garantieempfängers steht die Gebundenheit des Kreditmandatars gegenüber. Nach der zutreffenden Ansicht des Reichsgerichts entsteht durch die Annahme eines Kreditauftrags nicht nur eine einseitige Verpflichtung des Auftraggebers, im Falle der Kreditgewährung dem beauftragten Kreditgeber für seine Forderung gegen den Dritten als Bürge zu haften, vielmehr ist auch der Beauftragte zur Ausführung des erteilten und von ihm angenommenen Auftrags rechtswirksam verpflichtet. Nur

insofern ist seine Stellung günstiger als die desjenigen, der eine Bürgschaft übernommen hat, als er bis zur Ausführung des Auftrags berechtigt ist, jederzeit den Auftrag zu kündigen, ein Recht, das dem Bürgen versagt ist. Eine beiderseitige Verpflichtung der Parteien ist ein dem Kreditauftrag wesentliches Moment.

Foersters Konstruktion des Kreditauftrages als eines Garantievertrages kann demnach nicht zutreffend sein.

Zwischen dem Garantievertrag einerseits und der Bürgschaft und dem Kreditauftrag andererseits bestehen wesentliche rechtliche Unterscheidungsmerkmale. Dem Begriff der Bürgschaft ist wesentlich das Moment der Accessorietät. Eine Bürgschaft ohne die Existenz einer Hauptschuld ist undenkbar. Der Garantievertrag dagegen schließt sich nicht accessorisch an eine Hauptschuld an, er begründet selbständige Verpflichtungen. Nicht einmal das Vorhandensein eines Gläubigers ist erforderlich, es braucht sogar die Unternehmung, für deren Erfolg der Versprechende die Gefahr übernimmt, rechtlich noch nicht ins Leben getreten zu sein. Der Charakter der durch den Garantievertrag begründeten Haftung ist ein durchaus selbständiger. Der Garantierende will nicht, wie der Bürge, für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit einstehen, sodaß er die Leistung des Schuldners an dessen Stelle schuldet, vielmehr verspricht er den Eintritt eines bestimmten Erfolges, und ist daher gegebenenfalls nur verpflichtet, dem Garantieempfänger den Schaden zu ersetzen, der diesem infolge des Nichteintritts des garantierten Erfolges oder auch dadurch erwächst, daß jener eine Handlung, ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, für dessen nachteilige Folgen er aufzukommen versprochen hat.

In der Litteratur ist Streit darüber entstanden, ob die sogenannte Schadlosbürgschaft eine echte Bürgschaft sei oder einen Garantievertrag darstelle. Cosack[1] will die Schadlosbürgschaft deshalb als Garantievertrag aufgefaßt wissen, weil bei ihr jemand nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit einstehen, sondern nur für den Schaden aufkommen wolle, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwachse. Er will deshalb die Bürgschaftsnormen auf sie nicht angewandt wissen.

Diese Auffassung ist jedoch nicht zutreffend und wird auch von der überwiegenden Meinung für verfehlt erachtet.[2] Die Schadlosbürgschaft ist eine Bürgschaft, bei der der Bürge eben nur für den Ausfall zu haften verspricht, den der Gläubiger im Falle der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses an seiner Forderung gegen den Hauptschuldner erleiden werde. Vom Garantievertrag scheidet sie der Umstand, daß auch bei ihr, wie bei der einfachen Bürgschaft, der das Haftungsversprechen abgebende Bürge sich dem Gläubiger direkt verpflichtet, während beim Garantievertrag, bei dem ein Gläubiger gar nicht notwendig vorhanden zu sein braucht, das Garantieversprechen regulär demjenigen gegenüber abgegeben wird, der durch dieses in der Ausführung des geplanten Unternehmens bestärkt wird.

Der Garantievertrag unterscheidet sich auch darin

---

1) BR. B. I. § 158, VII. Z. 2, S. 590.

2) Vgl. Dernburg, BR. B. II, 2, S. 403, Anm. 8; Endemann, a. a. O. B. I. § 190, Anm. 17; Staudinger, a. a. O. zu § 765, 9 a. E., S. 707; Crome, a. a. O. § 295, Anm. 27; Lippmann, a. a. O., S. 366.

wesentlich von der Bürgschaft, daß er formlos begründet werden kann. Die Vorschrift des § 766 ist auf ihn nicht anwendbar, da die Gründe, die die Einführung der Schriftform für die Bürgschaftserklärung geboten, für den Garantievertrag nicht zutreffen. Auch das Reichsgericht ist für seine Formlosigkeit. Der VI. Zivilsenat hat in einer Entscheidung vom 29. 5. 1905 [1] den Rechtssatz ausgesprochen, daß das Einstehen für einen bestimmten Erfolg eine selbständige Haftungsübernahme enthalte, somit einen Garantievertrag, der wegen seiner Selbständigkeit unter die allgemeinen Grundsätze über Verträge falle und daher der Schriftform nicht unterworfen sei.

Ein weiterer Unterschied zwischen Garantievertrag, Bürgschaft und Kreditauftrag, der bereits oben berührt ist, liegt darin, daß die Verpflichtungen und Berechtigungen des Garantieempfängers, Bürgen und Kreditmandatars durchaus verschieden geartet sind. Einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung kann der Fall unterliegen, wenn A den B ersucht, dem C in bestimmter Höhe Kredit zu gewähren, und ihm verspricht, ihm für die Forderung, die ihm aus der Kreditgewährung gegen den C erwachsen würde, aufkommen zu wollen? Es könnte hier ein Kreditauftrag dem B erteilt sein, es könnte auch der A dem B gegenüber die Bürgschaft für eine zukünftige Verbindlichkeit des C gegen B übernommen haben, es könnte schließlich nur der A sich verpflichtet haben, dem B für den Schaden aufkommen zu wollen, der diesem aus einer etwaigen Kreditgewährung an C entstehen würde, während die Kreditgewährung selbst durchaus vom

1) Vgl. Entsch. B. 61, S. 157, No. 38; abgedr. im „Recht" 1905, S. 500, No. 1933; Bankarchiv 5, 129.

freien Willen des B abhängig bliebe. Ist von den Parteien Übernahme einer Bürgschaft beabsichtigt, so ist erforderlich, daß sich der Auftraggeber, der das Haftungsversprechen abgegeben hat, unwiderruflich zum Einstehen für die aus der Kreditgewährurg entstehende Schuld verpflichtet hat. Es ist wesentliches Erfordernis des Bürgschaftsbegriffes, daß der Bürge an sein Versprechen gebunden ist, daß ein einseitiger Rücktritt vom Vertrage ihm unmöglich ist. Auch wenn für eine zukünftige Schuld eine Bürgschaft übernommen ist, so ändert dies nichts an der unbedingten Gebundenheit des Bürgen. Hier sind weder der künftige Gläubiger noch der künftige Schuldner zur Begründung der Schuld verpflichtet, dies liegt in deren freiem Belieben, der Bürge kann aber die Entstehung seiner Verpflichtung nicht abwenden. — Ist in dem Ersuchen des A an B, dem C Kredit zu gewähren, ein Kreditauftrag im Sinne des § 778 zu erblicken, so muß gleichfalls auf beiden Seiten eine Gebundenheit vorliegen: der beauftragte Kreditgeber muß zur Kreditgewährung, der Auftraggeber zum Einstehen für die aus der Kreditgewährung resultierende Verbindlichkeit des Kreditnehmers verpflichtet sein. Was jedoch die Stellung des Kreditauftraggebers von der eines Bürgen unterscheidet, ist der Umstand, daß ersterer bis zum Augenblick der Kreditgewährung berechtigt ist, den erteilten Auftrag zu widerrufen und damit seiner Verpflichtungsstellung ein Ende zu machen.

Welche Beurteilung hat Platz zu greifen, wenn der Vertrag in dem Sinne geschlossen ist, daß der Beauftragte nicht die Verpflichtung eingehen will, seinerseits den Auftrag auszuführen, d. h. dem Dritten Kredit zu gewähren, sondern

daß lediglich, wenn er in Ausführung des Auftrags Kredit erteilt, der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten einstehen soll? Planck[1] hat auf diese mögliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses hingewiesen. Er meint, daß in diesem Falle „ein eigenartiges Rechtsverhältnis“ vorliege. Es dürfte, führt er aus, der Absicht der Parteien entsprechen, inbezug auf Widerruf und Kündigung auch in diesem Falle die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden. Ob und inwieweit noch andere Bestimmungen über den Auftrag anwendbar seien, sei auf Grund der Auslegung des Vertrags zu entscheiden. Auch Staudinger[2] geht auf diesen Fall ein; er sagt, daß in dem Falle, wenn der Beauftragte zur Kreditgewährung lediglich ermächtigt, nicht verpflichtet sei, das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten vor der Kreditgewährung sich nach dem im Wege der Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien bestimme.

Das Reichsgericht hat noch keine Veranlassung gehabt, sich mit dieser Frage eingehender zu befassen; es hat nur einmal in einer Entscheidung[3] kurz erwähnt, daß von einigen Schriftstellern die Frage angeregt sei, welche Rechtsnormen dann anwendbar seien, wenn jemand einen andern beauftrage, einem Dritten Kredit zu geben, der Empfänger des Auftrags aber dessen Ausführung nicht übernehme, sich vielmehr insoweit die Entschließung vorbehalte. Es hat jedoch die Entscheidung darüber dahingestellt sein lassen.

Von einem wirklichen Kreditauftrag, wie ihn § 778 BGB. verlangt, kann hier keine Rede sein. Zum Wesen des Kreditauftrags als eines Auftrags gehört, daß

---

1) a. a. O. zu § 778, S. 522
2) a. a. O. zu § 778, S. 730.
3) in B. 56, S. 136 ff.

der Empfänger des Auftrags infolge der Annahme zu dessen Ausführung verpflichtet wird. Ohne diese Verpflichtungsstellung des Beauftragten, die allerdings noch einstweilen durch Kündigung entkräftbar ist, ist ein Kreditauftrag nicht denkbar. Außerdem ist der Zweck eines solchen Auftrags nicht in erster Linie eine Kreditvermittelung an einen Dritten, die Absicht des Auftraggebers geht vielmehr meist lediglich dahin, den Beauftragten für den Fall, daß er den Kredit gewährt, schadlos zu halten. Deshalb ist die Ansicht Rothenbergs[1] unzutreffend, nach der ein Rechtsgeschäft den Charakter eines Kreditauftrags auch dann nicht notwendig verliere, wenn der Beauftragte sich dem Auftraggeber zur Kreditbewilligung nicht verpflichte. Lippmann[2] geht sogar noch weiter als Rothenberg, indem er unter weiterer Abweichung von den Mandatsregeln auch dann noch einen Kreditauftrag als vorliegend annimmt, wenn sich der Auftraggeber unbedingt zur Garantieleistung für den dem Dritten durch den Beauftragten zu gewährenden Kredit verpflichtet, während der Auftraggeber selbst zunächst in keiner Weise gebunden ist. Seine Begründung, daß, wenn einmal von den Regeln des Mandats abgewichen sei, auch eine zweite Abweichung nicht in Betracht kommen könne, ist nicht stichhaltig.

In diesem Abkommen wird vielmehr in der Regel eine Garantiezusage, ein Garantievertrag, zu erblicken sein, zu dessen Wesen es gehört, daß durch die Annahme des Garantieversprechens auf seiten des Garantieempfängers noch keinerlei Verpflichtung zur Ausführung

1) a. a. O. S. 333.
2) a. a. O. S. 338.

der geplanten Rechtshandlung hervorgerufen wird. Er ist ein einseitiger Vertrag, der nur den Garantieübernehmer verpflichtet, ohne ihm ein Recht zu geben, die Ausführung der beabsichtigten Unternehmung zu fordern. Der Garantievertrag wird nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sein. Plancks Ansicht, daß als vermutliche Absicht der Parteien zu unterstellen sein werde, in diesem Falle inbezug auf Widerruf und Kündigung die Vorschriften über das Mandat anzuwenden, mag vielfach zutreffend sein. Daß Planck selbst hierüber im Zweifel ist, bringt seine durchaus vorsichtige Ausdrucksweise zum Ausdruck. Man wird daran festhalten müssen, daß für die rechtliche Gestaltung eines derartigen Rechtsverhältnisses einzig der Wille der Parteien, der im Wege der Auslegung zu ermitteln ist, entscheidend sein kann.

Der Zweck dieser Ausführungen war, darauf hinzuweisen, daß das Rechtsleben auch in dem Garantievertrag ein Institut besitzt, das geeignet ist, bürgschaftsähnliche Erfolge zu erzielen. Es ist das Verdienst von Stammler in seinem erschöpfenden Aufsatz über den Garantievertrag als erster der Wissenschaft über das Wesen, die rechtliche Struktur und die Zulässigkeit dieses Vertrages näheren Aufschluß gegeben zu haben.